Die Aftermiete.

Dissertation.

Von

Eugen Kranzbühler,

Gr. Hess. Gerichtsaccessist.

Die Aftermiete.

Dissertation.

Einer hohen juristischen Fakultät der

Gr. Hessischen Landesuniversität zu Gießen

behufs Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt

von

Eugen Kranzbühler,

Gr. Hess. Gerichtsaccessist.

Worms.

Druck von Eugen Kranzbühler.

1894.

Meinen Eltern
zur Feier des silbernen Hochzeitsfestes.
3. April 1894.

Vorwort.

Das Thema, das wir im Folgenden einer Betrachtung unterzogen haben, hat seither als solches in der juristischen Litteratur in Anbetracht der vielen interessanten Fragen, die sich an dasselbe knüpfen, verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden. Die Pandektenlehrbücher behandeln dasselbe fast durchgehends kurz. An Schriften, die sich speciell mit der Aftermiete beschäftigen, sind vier Dissertationen aus dem vorigen und eine Bonner Dissertation aus diesem Jahrhundert zu nennen; dieselben findet man weiter unten citiert.

Der Grund für diese spärliche Behandlungsweise mag wohl darin zu suchen sein, daß die Aftermiete an und für sich weiter nichts ist als eine Form der gewöhnlichen Miete, und daß die hauptsächlichsten Grundsätze, die für sie gelten, vollständig dieselben sind, wie die für jede Miete geltenden. Es möchte daher eine Bearbeitung der sämtlichen für die Aftermiete geltenden Rechtssätze Gefahr laufen, im großen Ganzen eine Darstellung der Miete und ihrer Rechtsverhältnisse zu werden. Einerseits zeigt aber schon ein flüchtiger Blick auf unsere Wohnungs-

verhältnisse, namentlich auf die in größeren Städten, die Wichtigkeit, die das Institut der Aftermiete für das moderne Leben hat,[1] anderseits treten bei näherer Betrachtung verschiedene

---

[1] Auch für das alte Rom ist die Aftermiete ein Institut von eminenter Bedeutung gewesen. Ein Blick auf die Mietverhältnisse dieser Stadt zeigt dies zur Genüge. Dabei wird man sich nicht leicht verhehlen können, daß die damaligen Zustände zum mindesten nicht besser waren, als unsere heutigen großstädtischen Verhältnisse. Und zwar ragt Rom hierbei über alle anderen Städte Italiens hinaus. Ein vielsagendes Merkmal hierfür bildet die Thatsache, daß in Rom der durchschnittliche Wohnungs-Mietzins viermal so hoch war, als in den übrigen italischen Städten (Friedländer, Sittengeschichte Roms, Teil 3 S. 80 bei Note 7). Den Beginn der ungesunden Entwickelung des römischen Wohnungswesens setzt man in das letzte Jahrhundert vor Christus, in die Zeit des Niederganges der Republik. Mit dem allgemeinen Luxus war zu dieser Zeit auch der Gebäudeluxus in Rom eingezogen. Der Römer hatte es verlernt, sich mit seinen alten einfachen Wohnungen zu begnügen und folgte dem von Osten herüberdringenden Gebrauche, die ehemals schlichten Wohnungen in üppige Paläste umzuwandeln (vergl. Friedländer S. 78 ff.). Mit Zunahme des Bauluxus wuchs auch die Baulust und mit ihr der Wert des Baugrundes. Die Folge war, daß die Reichen in Palästen wohnten, die mit ihren Nebengebäuden, ihren Lustgärten und Parken kolossale Flächen bedeckten, während sich die ärmere Bevölkerung in Mietkasernen zusammendrängte. Dank der klimatischen Verhältnisse mag sich dies nicht in so intensiver Weise geltend gemacht haben, als es sonst unter gleichen Umständen in einer nördlicheren Zone der Fall gewesen wäre. Für diejenigen, die sich in einer solchen Mietkaserne ihr coenaculum gemietet hatten, mag dasselbe wohl hauptsächlich als Schlafstelle gedient haben. Aber trotz des Wenigen, was ihnen geboten wurde, müssen die Mietforderungen überaus drückend auf diesen Klassen gelastet haben. Das beweisen uns die verschiedenen Mietzinserlasse, von denen uns aus der letzten Zeit der Republik berichtet wird (vergl. hierüber namentlich Pöhlmann, die Übervölkerung der antiken Großstädte, Preisschrift der fürstlich Jablonowski'schen Gesellschaft, S. 74 f.). Es war eine Concentration des Häuserbesitzes in wenigen Händen erfolgt und damit hatte sich ein gewerbsmäßiges Hauseigentümer- und Wohnungsvermietertum (l. 5 § 1 D. de his qui eff. 9,3 z. B. spricht von „coenaculariam exercere") herausgebildet. Die Kapitalisten, in deren Händen sich jene Mietkasernen (insulae) befanden, ließen dieselben durch Sklaven verwalten, resp. vermieten oder sie vermieteten, was einfacher war, die insula an Einen um einen Gesamtmietzins, während dieser die einzelnen coenacula weiter vermietete. Aber nicht allein diese Concentration des Häuserbesitzes verursachte das enorme

juristisch hochinteressante und dem Institut der Aftermiete eigentümliche Punkte hervor, die eine Behandlung der Aftermiete und ihrer Rechtsverhältnisse immerhin als lohnende Aufgabe erscheinen lassen.

Dispositionsweise haben wir unserer Abhandlung den Plan untergelegt, zunächst und hauptsächlich eine Darstellung des gemeinen römischen Rechts zu geben, sodann in einem Anhang unter kurzer Berücksichtigung bemerkenswerter Bestimmungen älterer Partikularrechte das Recht der Aftermiete, wie es von den großen modernen Codificationen ausgebildet wurde, einer Betrachtung zu unterziehen und schließlich nach Behandlung der lex lata auch auf die lex ferenda, d. h. den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich unser Augenmerk zu richten.

Steigen der Mietzinse, sondern namentlich der Umstand, daß der eigentliche Mieter, d. h. derjenige, der die Wohnung thatsächlich benutzen wollte, die Wohnung erst aus zweiter oder dritter Hand bekam. „So stand der großen heimatlosen Majorität eine kleine Minderheit gegenüber, für welche der Hausbesitz eine der ergiebigsten Einkommensquellen — (es sei nur an l. 7, l. 30 D. locati 19,2 erinnert) — bildete und die zugleich bei der herrschenden Wohnungsnot nur zu leicht in die Lage kam, dieses Einkommen auf Kosten jener Mehrheit mühelos zu steigern. Wer wollte da zweifeln, daß sich diese socialökonomische Thatsache nach unten hin auch in der Weise fühlbar gemacht habe, daß ein großer Teil der Mieterklasse, um den schweren Druck der teuern Mieten ertragen zu können, die Mietspekulation ihrerseits im kleinen fortsetzte?" (Pöhlmann a. a. O. S. 108.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538127_0034

Inhaltsübersicht.

Seite.

Litteratur 11

I. Das gemeine römische Recht.

§ 1. Die Aftermiete im Allgemeinen . . . 15
Begriff. Die Aftermiete ein reines Mietverhältnis. Unabhängigkeit vom ersten Mietvertrag. Zulässigkeit. Gesetzliche, vertragsmäßige Beschränkungen. Rechte und Pflichten aus dem Aftermietvertrag. Aftermieter bloßer Detentor.

§ 2. Gegenstand des Aftermietvertrags . . . 32
a. res.
Allgemeines. Aftermiete an eigener Sache.
b. operae.
1. sublocatio operarum.
2. sublocatio operis.
Unterschied zwischen subconductor und operarius; auch hinsichtlich der Haftverbindlichkeit. Nativität der Schadensersatzklage.

§ 3. Die l. 11 § 5 D. de pign. act. 13,7 43

A. Der Aftermieter kann den Mietzins an den Vermieter zahlen 44
Verschiedene Begründungen dieses Rechtssatzes. Ist Zustimmung des Aftervermieters nötig? Besondere Einzelheiten.

B. Pfandrechtliche Befugnisse des ersten Vermieters gegenüber dem Aftervermieter 55

I. Darstellung.

1. Das stillschweigende Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Aftermieters 57
Höhe der Haftung. Für welche Forderungen? Gegenstand. Beginn und Endigung. Nur bei der Aftermiete, nicht auch bei unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung.

Seite.

2. Das stillschweigende Pfandrecht an den vom Afterpächter gezogenen Früchten 63
Höhe der Haftung. Für welche Forderungen? Gegenstand. Beginn. Untergang. Bei unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung des Pächters
3. Fälle, in denen der erste Lokator gegenüber dem Subkonduktor dieses Pfandrecht nicht hat . . 68
II. Erklärung dieses Pfandrechts 70
III. Welche Art von Pfandrecht liegt vor? . . . 77
IV. Das Pfandrecht ist in l. 11 § 5 D. cit. nicht begründet 89
C. Ergänzende Bemerkungen 91
§ 4. Unterschied des Aftermietvertrags von andern im Ergebnis ähnlichen Rechtsgeschäften 93
1. adsumptio socii conductionis.
2. cessio iurium conductionis.
§ 5. Beendigung der Aftermiete. 95
Einfluß der Endigung des ersten Mietvertrags auf den Bestand des Aftermietvertrags. Schadensersatz.
II. Anhang.
Ältere partikularrechtliche Bestimmungen 99
1. Die modernen Codificationen 102
a. Preußisches Recht.
b. Französisches Recht.
c. Oesterreichisches Recht.
d. Sächsisches Recht.
2. Das schweizerische Obligationenrecht . 109
3. Die Reichskonkursordnung. 110
4. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 113

Litteratur.

Die Aftermiete speciell behandeln folgende Schriften:

1. Christ. Wildvogel, dissertatio de eo, quod iustum est circa sublocationem, vom Afterpacht. Jenae 1727.
2. Sam. Frid. Willenberg, de rerum sublocatione (in seinen „selecta iurisprudentiae civilis", S. 646 ff.) exercitatio Sabbathina XLI. Gedani 1728.
3. Abrahamus Beyer (diss. praes. Henr. Breuning), quaestio iuris controversi an sublocari possint operae. Lipsiae 1774.
4. Christ. Daniel Anderson, dissertatio de iure quod competit primo locatori in subconductorem. Göttingen 1778.
5. Cornelius Cretschmar, die Lehre von der Untermiete nach gemeinem Rechte, Inaugural-Dissertation, Bonn 1879.

Außer den gebräuchlichen Pandektenlehrbüchern, die an den betr. Stellen in der Regel nur mit dem Namen des Verfassers citiert sind, wurden noch nachfolgende Werke benützt, deren vollständige Titel hier folgen, um das Citieren am einschlägigen Ort zu erleichtern:

6. Hugo Donellus, ad titulum Digestorum de verborum obligationibus. Frankfurt 1599.
7. Antonii Fabri, Rationalia in Pandectas, 1604.
8. Antonius Perez, Praelectiones in duodecim libros Codicis Lovanii 1651.
9. Simon van Leeuwen, Censura forensis theoretico-practica. Lugduni Batavorum 1662.
10. Ulrici Huberi Praelectiones iuris Romani et hodierni, Franequerae 1700.
11. Johannes Voet, Commentarius ad Pandectas, Hagae-Comitum 1716.
12. Lauterbach, Collegium theretico-practicum Pandectarum, Tubingae 1726.
13. Samuelis de Cocceji, Jus civile controversum, Francofurti et Lipsiae 1729.
14. Gerardus Noodt, opera omnia. Coloniae Agrippinae 1732.
15. Georgii d'Arnaud, Variarum Conjecturarum libri duo. Franequerae Frisiorum 1738.
16. Berger, oeconomia iuris. Lipsiae 1741.
17. Augustini Leyseri meditationes ad Pandectas 1743.

18. Averanius, Interpretationum libri quinque, Lugduni Batavorum 1753.
19. Franciscus Florens, opera iuridica. Norimbergae 1756.
20. Georgii Ludovici Boehmeri electa iuris civilis, Goettingae 1767.
21. Ernst Christian Westphal, Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Miet-, und Erbzinskontrakt u. s. w., Leipzig 1789.
22. Caroli Friderici Walchii introductio in controversias iuris civilis, Jenae 1791.
23. Christian Gottlieb Gmelin, die Ordnung der Gläubiger, Ulm 1793.
24. Ernst Christian Westphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte 3. Ausgabe, Leipzig 1800.
25. Ferdinand August Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte, 2 Teile, Leipzig 1803.
26. Glück, Commentar zu den Pandekten, Erlangen.
27. C. H. C. Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers, Güstrow 1834.
28. C. F. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Auflage, Greifswald 1836.
29. Huß, Über das Pfandrecht des Vermieters an den Invecta et Illata des Aftermieters (in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 17. Band, Gießen 1842).
30. Weiske's Rechtslexikon, Leipzig 1860.
31. Busch, civilistische Erörterungen im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 31, Heidelberg 1848.
32. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Leipzig 1860.
33. Sohm, die Lehre vom subpignus, Rostock 1864.
34. H. Dankwardt, die locatio conductio operis (in Iherings, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 13, Jena 1874).
35. Eck in Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. „Aftermiete".
36. H. Brückner, die Wohnungsmiete, Weimar 1877.

---

37. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1869.
38. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts.
39. C. F. Koch, Commentar zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, Berlin und Leipzig 1886.

---

40. Marcadé, explication du Code Napoléon, Paris 1859.

41. Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, 7. Auflage (herausgegeben von H. Dreyer). Heidelberg 1886.

42. Ludwig Ritter von Kirchstetter, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Leipzig u. Wien 1876.

43. Haubold, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, Leipzig 1829.
44. Emminghaus, Pandekten des gemeinen sächsischen Rechts, Jena 1851.
45. Wengler und Brachmann, das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Leipzig 1878.
46. Grützmann, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, Leipzig 1889.

47. A. Schneider, das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1883.

48. Petersen, Konkursordnung für das deutsche Reich, Lahr 1880.
49. Scherer, das rheinische Recht und die Reichs- und Landesgesetzgebung, Mannheim 1889.

50. Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1888.
51. Otto Gierke, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
52. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches gefertigt im Reichs-Justizamt, Berlin, 1890.
53. O. Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Kassel 1891.
54. Rocholl und Riedner, Vorschläge zur Abänderung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches in Form eines Gegenentwurfs mit kurzer Begründung, Breslau 1891.

I. Das gemeine römische Recht.

§ 1.

Die Aftermiete im Allgemeinen.[2]

Ein Aftermietverhältnis kommt dadurch zustande, daß ein Mieter das Mietobjekt weitervermietet.[3] Es sei gleich an dieser Stelle erwähnt, daß, wie eine Aftermiete, auch eine Afterpacht möglich ist. Maßgebend für diese Unterscheidung ist die Beschaffenheit der res locata conducta. Demgemäß spricht man von Aftermiete und Afterpacht, indem man wie bei der einfachen Miete und Pacht darauf sieht, ob die Mietsache, sie sei nun eine bewegliche oder unbewegliche, überhaupt eine solche ist, daß bei ihrem Gebrauch an und für sich ein weiterer Gewinn, wenn auch möglich, so doch zunächst nicht beabsichtigt ist, und daß in diesem Gebrauch vornehmlich der Nutzen besteht, welchen man erwartet (Aftermiete),

---

[2] Das corpus iuris civilis nimmt an verschiedenen Stellen Bezug auf die Aftermiete. An erster Linie steht l. 6. C. de locato 4, 65. Hieran reiht sich die für die besonderen Rechtsverhältnisse der Aftermiete überaus wichtige l. 11 § 5 D. de pignor. act. 13, 7. Weiterhin sind zu erwähnen: l. 7, l. 8, l. 24 § 1, l. 30 pr., l. 48 pr., l. 53, l. 58 pr., l. 60 pr. D. locati 19, 2; l. 53 pr. D. de act. emti 19, 1; l. 25 § 1, l. 30 § 6 D. de a. v. a. poss. 41, 2; l. 38. § 21 D. de verb. obl. 45, 1; l. 47 § 1. D. de iure fisci 49, 14.

[3] Willenberg, S. 650, § 10: „sublocationem esse contractum consensualem a conductore cum tertio super re locata iisdem legibus, quibus accepit, initum, ut ea vel tota vel pro parte pro mercede sibi solvenda utatur."

oder aber, ob die Sache ein fruchttragendes Grundstück oder ein Recht ist, durch dessen Nutzung man einen gewissen Gewinn, Früchte, Zölle, Renten u. s. w. zu erwerben sucht (Afterpacht).[4] [5]

Wenn wir im folgenden von Aftermiete sprechen, so ist dies im allgemeinen im weiteren Sinne zu nehmen und auch die Afterpacht darunter zu verstehen, wenn nicht etwas Anderes ausdrücklich gesagt ist oder aus dem Zusammenhang hervorgeht.

Die Aftermiete ist ein reines Mietverhältnis, das an und für sich durch nichts von der gewöhnlichen Miete verschieden ist. Denn für den Abschluß eines Mietvertrags ist es belanglos, welches Recht dem Vermieter an der Mietsache zusteht.[6] Vor allem ist es nicht nötig, daß der Vermieter Eigentümer der Sache ist;[7] er kann Usufruktuar, antichretischer Pfandgläubiger, bonae fidei possessor sein, ja für den Abschluß des Mietvertrags ist es unerheblich, ob der Vermieter überhaupt ein Recht hat (l. 9 § 6 D. locati 19,2). Warum sollte daher nicht auch der Mieter einer Sache weitervermieten können? Der Aftermietvertrag ist also weiter nichts als ein gewöhnlicher Mietvertrag. Es ist daher eine irrige Ansicht, die Anderson § 6 ausspricht: „ex natura patet sublocationis eam locationis conductionis contractui ut species generi respondere.“ Dies hätte nur dann seine Richtigkeit, wenn man alle anderen Mietformen, z. B. den vom Usufruktuar über die Nießbrauchsache geschlossenen Mietvertrag, als besondere Kategorieen

---

[4] Glück 17, S. 266. — Windscheid 2, § 399. — Stobbe 3, S. 256. — Sehr leicht konstruierbar sind Fälle, in denen sich die locatio als Pacht und die sublocatio als Miete charakterisiert und umgekehrt.

[5] Auch der römische Sprachgebrauch hat Unterscheidungen. Er nennt zwar Vermieter und Verpächter in gleicher Weise locator, den Aftervermieter und Afterverpächter sublocator, während in der Nomenklatur bezüglich des Mieters und Pächters der Unterschied besteht, daß der Römer außer der gemeinschaftlichen Bezeichnung conductor da, wo wir von Mieter sprechen, das Wort inquilinus (Diminutiv von incola, statt incolinus) gebraucht und den Pächter gewöhnlich colonus nennt. Doch kommen neben der letztgenannten Bezeichnung auch die Namen publicanus, redemptor, manceps vor, die zum Teil auf rechtshistorischer, zum Teil auf staats- oder verwaltungsrechtlicher Grundlage beruhen. Aftermieter und Afterpächter nennt man einheitlich subconductor.

[6] Windscheid 2, § 399. — Dernburg § 111.

[7] l. 7, l. 9 § 6 D. locati 19, 2.

aufführen, d. h. für jede Art der Miete nach Maßgabe des Rechts, welches dem Vermieter an der Mietsache zusteht, ein besonderes Rechtsgeschäft statuieren würde. Da dies aber nicht geschieht, so ist es unsystematisch und unrichtig zu sagen, daß das Verhältnis zwischen Aftermiete und gewöhnlicher Miete das von Species zu Genus sei. Eine Folge hieraus wäre allerdings die, daß man alsdann auch nicht die Aftermiete als solche zum Gegenstand einer theoretischen Erörterung machen könnte. Dies wäre in der That auch richtig, wenn sich nicht auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen an diesen Mietvertrag einige Anomalien anschlössen, die den genannten Kontrakt, ohne ihm jemals den Charakter eines reinen Mietvertrages zu nehmen, immerhin bis zu einem gewissen Grade als ein eigenartiges Rechtsgeschäft erscheinen lassen.

Nach dem Gesagten ist es selbstverständlich, daß für den Aftermietvertrag dieselben Bestimmungen gelten, wie für jeden anderen Mietvertrag. Bezüglich dieser muß hier auf die Darstellung in den gebräuchlichen Pandektenlehrbüchern verwiesen werden, weil wir sonst entschieden über den Rahmen der gestellten Aufgabe hinausgehen und das gesammte Recht der Miete in unsere Darstellung hereinziehen müßten.

Begrifflich ist nun für das Institut der Aftermiete von Wichtigkeit daß sie einerseits selbst ein reines Mietverhältnis bildet, andererseits ein solches zur Voraussetzung hat. Es bestehen jedesmal zwei Mietverhältnisse neben einander: erstens das zwischen Vermieter und Mieter, zweitens das zwischen Mieter, der im zweiten Mietvertrag als Aftermieter erscheint, und Aftermieter. Beide Mietverhältnisse werden unabhängig von einander begründet, unabhängig nicht insofern, als zum Abschluß des zweiten Mietvertrags als eines *Aftermietvertrages* der erste begrifflich unerläßliche Voraussetzung ist, sondern insofern, als der zweite Mietvertrag überhaupt selbständig und ohne notwendige Bezugnahme auf den ersten abgeschlossen wird. Beide Mietverhältnisse bleiben auch unabhängig von einander. Es entsteht daher durch die Aftervermietung kein Vertragsverhältnis zwischen dem ersten Vermieter und dem Aftermieter. Dieser kann somit ebensowenig gegen

jenen auf Gebrauchsüberlassung klagen, als jener von diesem den Mietzins verlangen kann. Dieses Prinzip der Unabhängigkeit der beiden Mietverträge,[8] das den allgemeinen Rechtsanschauungen vollkommen entspricht — (der Aftermietvertrag est res inter alios acta) — findet seine Bestätigung noch in folgenden Gesetzesstellen:

l. 53 D. locati 19,2. Papinianus libro XI. Responsorum. „Qui fideiussor extitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, reipublicae non tenetur . . . "

Hier hat ein Pächter fiskalischer Grundstücke (d. i. manceps) praedia publica afterverpachtet und sich hierbei von seinem colonus, dem Afterpächter, einen Bürgen bestellen lassen. Die Frage, ob nun etwa dieser Bürge auch dem Staate als erstem Verpächter hafte, entscheidet Papinian in direkter Konsequenz der oben angegebenen Sätze, daß eine derartige Haftung nicht besteht, weil der Afterpächter und der Staat in keinem Vertragsverhältnis mit einander stehen und der erste Verpächter aus dem Vertrag, der unter den Anderen abgeschlossen wurde, kein Recht herleiten kann.

l. 58 pr. D. eod. Labeo libro IV. posteriorum a Javoleno epitomatorum.

„Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emtori mercedes inquilinorum accederent; quamvis eam conductor maiore pretio locaret, tamen id emtori accedit, quod tibi conductor debeat."

In dieser Stelle hat der Eigentümer eines vermieteten und von dem Mieter aftervermieteten Hauses das Haus verkauft und dem Käufer zugesagt, daß er (als Äquivalent eines höheren Kaufpreises) die von den Mietern geschuldeten Mietzinse einziehen dürfe. Unter den inquilini sind hier aber ohne Zweifel der erste Mieter und der Aftermieter gemeint. Gleichwohl erhält,

[8] Dies Prinzip ist nach dem heutigen Stande der Auffassung der l. 11 § 5 D. de pignor. act. 13,7 nicht mehr unbedingt aufrecht zu halten. Darüber, daß gleichwohl auf Grund der Aftervermietung Rechte und Pflichten zwischen dem ersten Vermieter und dem Aftermieter entstehen, wenn dieselben auch nicht rein vertragsmäßiger Natur sind, vergl. unten § 3.

so entscheidet Labeo, der Käufer nur den Mietzins, den der erste Mieter dem Verkäufer schuldete, nicht auch das Mehr, das der Aftermieter schuldet. Denn nur auf den ersten Mietzins hatte der Verkäufer einen Anspruch, nicht aber auf denjenigen, den sich der Mieter bei der Aftervermietung versprechen ließ.

l. 53 pr. D. de act. emti 19, 1. Labeo libro I. Pithanon. „Si mercedem insulae accessuram esse emtori dictum est, quanti insula locata est, tantum emtori praestetur. Paulus: imo si insulam totam uno nomine locaveris, et amplioris conductor locaverit, et in vendenda insula mercedem emtori cessuram esse dixeris, id accedet quod tibi totius insulae conductor debebit."

Paulus beschränkt hier den Ausspruch Labeos, der wegen seiner weiten Fassung leicht zu Mißverständnissen führen könnte, indem er sagt, daß nur soviel dem Käufer zu entrichten sei, als der dem ersten Vermieter versprochene Mietzins betrage. Im übrigen hat diese Stelle[9] genau denselben Inhalt, wie die vorhergehende l. 58 pr. cit.

l. 47 § 1 D. de iure fisci 49, 14. Paulus libro I. Decretorum. „Aemilius Ptolemaeus conduxerat a fisco possessionem, eamque paullatim pluribus locaverat maiore quantitate, quam ipse susceperat; conveniebatur a procuratoribus Caesaris in eam quantitatem, quam ipse perciperet; hoc iniquum et inutile fisco videbatur, ut tamen suo periculo ipse eos, quibus locaverat, conveniret; ideoque pronuntiavit, in eam solam quantitatem eum conveniri debere, qua ipse conductor extiterat."

Auch diese Stelle sagt, daß der erste Vermieter nur auf den Mietzins einen Anspruch habe, der ihm vom ersten Mieter versprochen worden sei.

[9] d'Arnaud, lib. 1 cap. 22 S. 156 f. macht einen Emendationsversuch. Aus den Worten „uno nomine" und „totius insulae" glaubt er herauslesen zu müssen, daß eine Aftervermietung an mehrere stattgefunden hat, und will statt „et amplioris conductor locaverit" lieber „et eam pluribus conductor locaverit" gesetzt wissen. Doch ist dies für die inhaltliche Auffassung der Stelle belanglos.

Wichtig für die Lehre von der Aftermiete ist nun die Frage, ob jeder Mieter aftervermieten kann. Die Antwort hierauf giebt die grundlegende

> l. 6. C. de locato 4, 65 (Imp. Alexander A. Victorino) „Nemo prohibetur rem, quam conduxit fruendam, alii locare, si nihil aliud convenit."

Danach steht also jedem Mieter frei, die gemietete Sache an einen Dritten weiter zu vermieten, wenn der erste Mietvertrag keine entgegenstehende Bestimmung aufweist. Das hat an und für sich nichts Erstaunenswertes. Denn das Recht zu vermieten erscheint im Allgemeinen als Ausfluß des Gebrauchsrechts. [10] Jeder, dem ein Gebrauchsrecht zusteht, kann, selbstverständlich wenn dies nicht besonders ausgeschlossen ist, dieses Gebrauchsrecht, insofern es nicht ein höchst persönliches ist, in der Weise ausüben, daß er auf den direkten Gebrauch ganz oder teilweise verzichtend, denselben einem Dritten gegen ein Äquivalent überläßt. Ebenso verhält es sich auch mit der Aftermiete. Denn dem Mieter steht vertragsmäßig der Gebrauch zu. Ohne Zweifel kann derselbe aber den Gebrauch einem Dritten überlassen. Durch welches Rechtsgeschäft dies geschieht, ist im allgemeinen gleich; ebenso, wie in der Form des Prekarium oder der Antichrese, kann es auch in der Form der Miete geschehen. Daß auch der Aftermieter wieder weitervermieten kann, steht unter den allgemeinen für die Aftermiete geltenden Bestimmungen außer allem Zweifel und bestätigt nur das oben Gesagte. Auch bei ihm kennzeichnet sich der Gebrauch der ganz oder teilweise weitervermieteten Sache als ein in dem Genuß des Äquivalents aufgehender indirekter Gebrauch der Sache selbst.

Der Satz, daß es jedem Mieter freisteht, die Mietsache weiterzuvermieten, würde in dieser Allgemeinheit durchgeführt leicht zu Härten führen. Darum findet auch er seine Beschränkungen. Dieselben charakterisieren sich zum Teil als allgemein gesetzliche, zum Teil als allgemein vertragsmäßige; auf die letzteren weist l. 6. C. cit. hin: „si nihil aliud convenit."

[10] Willenberg S. 647 § 2.

a) Eine allgemeine gesetzliche Beschränkung des Sublokationsrechts ist vor allem die, daß der Aftervermieter höchstens den Gebrauch überlassen kann, der ihm selbst nach Maßgabe des ersten Mietvertrags zusteht, denn nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet.

Dies gilt aber nicht bloß quantitativ, sondern auch qualitativ. Denn es soll der erste Vermieter davor geschützt werden, daß ihn durch die Aftervermietung ein Nachteil trifft, der ihn nicht schon durch die von ihm vorgenommene Vermietung getroffen hat oder treffen würde. Demgemäß findet der im Wege der Aftermiete überlassene Gebrauch nicht nur hinsichtlich seines Umfanges, sondern auch hinsichtlich der Art und Weise seiner Ausübung die weiteste Begrenzung in den Bestimmungen des ersten Mietvertrags. Durch den Aftermietvertrag können selbstverständlich engere Grenzen gezogen werden. Es kann z. B. einem Mieter das Recht eingeräumt werden, ein Stockwerk eines Hauses zu benutzen. Es kann ihm aber auch bloß gestattet werden, daß er das gemietete Stockwerk nur zum einfachen Wohnen, nicht aber auch zum Betriebe eines Gewerbes benutze. Diese Beschränkung ist alsdann auch bei der Aftervermietung maßgebend, so daß im obigen Beispiele der Mieter wohl einen Teil des gemieteten Stockwerks zum einfachen Bewohnen, nicht aber zur Errichtung einer Schlosserwerkstätte aftervermieten darf. — Auch in der Person des Aftermieters können sich Gründe finden, die dem ersten Vermieter das Recht geben, einer Aftervermietung entgegenzutreten, wenn nämlich der Aftermieter im Vergleich zum ersten Mieter eine persona minus idonea ist,[11] d. h. wenn derselbe nach seinen persönlichen Verhältnissen die Mietsache in höherem Grade deteriorieren würde, als es bei dem ersten Mieter der Fall gewesen ist.[12] [13]

---

[11] Willenberg S. 649 § 6 exemplifiziert: „in subconductore ... requiritur, ut aeque idoneus sit ac primus, non potentior, non homo rixosus, multis liberis gravatus etc., ex quo locatori incommodum oboriri potest, non homo cum strepitu artem exercens, qui vicino litterato in studiis suis impedimento esset.“ — Vergl. Voet, tit. locati § 5.

[12] arg. l. 7 D. de usu et habit. 7, 8. — Lauterbach, lib. 19 tit. 2 § 23: „Etiam res conducta a conductore, si aliud non fuerit con-

b) Die vertragsmäßigen Beschränkungen des Sublokationsrechts sind natürlich allein dem Vertrage zu entnehmen und können so mannigfaltig sein, wie der sie gestaltende Parteiwille. So kann vor allem in dem Mietvertrag die Bestimmung aufgenommen sein, daß überhaupt nicht sublociert werden soll. Ein Recht weiterzuvermieten besteht alsdann so lange nicht, als diese Bestimmung in Kraft bleibt. Weiter kann die Aftervermietung von der jeweilig einzuholenden Zustimmung des ersten Vermieters abhängig gemacht werden. Diese Zustimmung kann aber der erste Vermieter beliebig verweigern. Dies kann er selbst dann thun, wenn ihm durch die Aftervermietung absehbar kein Nachteil erwachsen würde. Wollte man in diesem Falle, vorausgesetzt, daß der Aftermieter eine persona aeque idonea ist, eine Verpflichtung des ersten Vermieters zur Konsenserklärung annehmen, so würde die erwähnte Vertragsbestimmung illusorisch werden. Denn der Zweck dieser Bestimmung ist nicht der, daß der erste Vermieter vor einer nachteiligen Sublokation geschützt werden soll, — davor ist er auch ohne besondere Abrede geschützt, — vielmehr bezweckt die Klausel, die den Abschluß des Aftermietvertrags vom Konsens des ersten Vermieters abhängig macht, genau wie ein pactum de non sublocando, Ausschluß eines jeden Aftermietvertrags ohne Zustimmung des ersten Vermieters.

Es bedarf wohl keiner besonderen Hervorhebung, daß der Aftermietvertrag unter den allgemein für die Verträge geltenden

---

ventum alteri aequo idoneo ad eundem usum locari potest; si enim conductor ipsemet non potest aliter uti, sequitur, quod nec alteri ad alium usum eandem locare queat." — Willenberg S. 650 § 9: „Quoniam vero omne ius primi conductoris ex concessione primi locatoris dependet, nihil per sublocationem faciendum, quo ius domini deterior redderetur. Ideo non aliter illa subsistit quam si 1) fiat ad eundem usum. Nam domus ad habitandum locata non posest relocari ad id, ut ibi meritoria, v. g. balneum, aut artes sordidae exerceantur. Equus ad equitandum locatus, non potest sublocari ad arandum aut currum trahendum, 2) ut aequo idoneo sublocatio fiat, 3) non aliis legibus quam quibus primo locatori omnia integra servantur. Has qualitates abesse negans in sublocatione primus locator probare tenetur."

[13] Ein kulturhistorisch interessantes Bild davon, wie sich die Anschauungen bezüglich der Frage, wer eine persona idonea sei, ändern können, giebt l. 27 § 1 D. de hered. pet. 5, 3: „et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur." Vergl. aber dazu nov. 14.

Bedingungen zwischen den Vertragsparteien auch dann Geltung behält, wenn seine Bestimmungen mit denen des ersten Mietvertrags nicht vereinbar sind.

Wenn in den bisher erwähnten Fällen der Gesichtspunkt maßgebend war, daß der erste Vermieter durch die Aftervermietung nicht in seinen Interessen verletzt werden dürfe, so können doch auch noch Fälle vorkommen, in denen das Interesse eines Anderen mitspielt und berücksichtigt werden muß. Dies ist z. B. der Fall, wenn zwei Personen sich gemeinschaftlich ein Zimmer gemietet haben und der Eine von Beiden sein Anteil weitervermietet; hier kann gegen den Willen des anderen Mieters eine Sublokation nicht vorgenommen werden, da dieser nicht gezwungen werden kann, mit einem Anderen in einem Sozietätsverhältnisse zu leben. Ebenso verhält es sich mit der Teilpacht (colonia partiaria). Hier ist eine Afterverpachtung nicht infolge einer Bestimmung des ersten Vertrags ausgeschlossen oder deswegen, weil der anzunehmende Afterpächter eine persona minus idonea wäre, sondern deswegen, weil Verpächter und colonus partiarius in einem Sozietätsverhältnisse stehen [14] und sich der Eine so wenig wie der Andere einen Sozius aufnötigen zu lassen braucht.

Zusammenfassend wäre demnach zu sagen, daß die Aftermiete überall zulässig ist, wo sie durch den ersten Mietvertrag nicht ausgeschlossen ist oder wo sie, sei es nun als solche, sei es durch die Wahl des Aftermietmannes, die Interessen der an dem ersten Mietvertrag beteiligten Personen nicht verletzt.

Für den Abschluß des Aftermietvertrags gilt dasselbe, was für jeden Mietvertrag gilt. Er ist also perfekt, sobald sich die Parteien über Objekt und Mietpreis einig sind. Auch Rechte und Pflichten ergeben sich aus dem Aftermietvertrag in derselben Weise, wie aus jedem anderen Mietvertrage. Der Aftervermieter muß also uti frui prästieren, der Aftermieter ist verpflichtet, den Miet-

[14] Dies besagt l. 25 § 6 D. locati 19, 2. — Voet, a. a. O. § 5: „quippe qui fructus cum domino dividens quodam societatis iure, alium domino socium, quem is haud elegit, obtrudere non potest". — Ob die colonia partiaria ein Sozietätsverhältnis sei, ist bestritten, neuerdings namentlich von Waser (colonia partiaria).

zins zu entrichten. Klage aus dem Aftermietvertrage ist die gewöhnliche actio locati conducti. Bei Bestimmung des Aftermietzinses ist jedoch der Aftervermieter an den Betrag des ersten Mietzinses nicht gebunden und kann daher sowohl weniger, als auch mehr verlangen, als der erste Vermieter von ihm zu beanspruchen hat.[15]

Auch das stillschweigende Pfandrecht des Vermieters steht dem Aftervermieter an den von dem Aftermieter eingebrachten Mobilien zu. Dies ist jedoch bei der Afterverpachtung eines fruchttragenden Grundstückes hinsichtlich des stillschweigenden Pfandrechts an den Früchten bestritten. Diejenige Ansicht, die dem Afterverpächter das fragliche Pfandrecht abspricht, stützt sich darauf, daß die Gesetze, die dieses Pfandrecht behandeln,[16] alle nur vom dominus praedii sprechen und nicht allgemein von dem Verpächter.[17] Doch ist dies wohl nur zufällig. Meißner[18] bezweifelt zwar, daß sich ein hinreichender Grund zur Ausdehnung des Unterpfandes auf den Nichteigentümer auffinden ließe. Richtig ist, daß die Analogie des Pfandrechts, wie es sich bei städtischen Grundstücken entwickelt hat, nicht zulässig ist, was sich aus der weiteren Darstellung ergeben wird. Allein die Frage ist hier die, ob man mehr Wert auf den bloßen Wortlaut der Gesetze oder ob man mehr Wert auf die Tendenz derselben legen will. Die Tendenz dieses Pfandrechts ist aber offenbar Sicherung der Zinsforderung. Man wird daher wohl mit Recht jedem, der auf Grund eines Pachtvertrags Anspruch auf Pachtgeld hat, das stillschweigende Pfandrecht an den Früchten zusprechen, zumal ja eigentlich kein innerer Grund anzuführen ist, der eine Beschränkung dieses Pfandrechts auf den dominus praedii angezeigt erscheinen ließe.[19] Daß das fragliche Pfandrecht, in

[15] So z. B. in l. 7, l. 58 pr. D. locati 19, 2.

[16] l. 7 D. in quib. causis 20, 2; l. 24 § 1, l. 53 D. locati 19, 2.

[17] Diese Ansicht vertritt Seuffert, Pand. § 201, 2. Weitere Vertreter derselben siehe bei Glück, Bd. 18, S. 441.

[18] Meißner, Pf. R. § 69. S. 168 f.

[19] Daher nehmen das Pfandrecht für jeden Verpächter an: Voet, ad Dig. 20, 2. § 7; Willenberg § 14 S. 652; Gmelin, S. 258; Weiske S. 787, a. 256; Glück, 18, S. 441; Dernburg, Pf. R. 1, S. 309; Vangerow, a. a. O. § 376, Anm. 1,1 b.

dieser Weise angewandt, seine Berechtigung hat, zeigt sich, wenn z. B. der Afterpächter in Vermögensverfall gerät. Dann kann der Afterverpächter, wie man vielleicht denken könnte, keine remissio mercedis vom ersten Verpächter verlangen, selbst wenn der Afterverpächter bei der Auswahl des Afterpächters alle Sorgfalt hat obwalten lassen, weil er eben in gleicher Weise Nutzen und Schaden trägt, der ihm aus der Aftervermietung entspringt; wohl aber ist das Pfandrecht an den Früchten alsdann angezeigt. Ein Beweis gegen dieses Pfandrecht kann auch nicht in dem Schlußsatze der l. 24 § 1 D. locati 19,2 gefunden werden, wie es z. B. von Meißner a. a. O. geschieht.

> „si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur; sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percipisset."

Der genannte Schriftsteller meint, weil Paulus hier sage, „wenn der Pächter weiterverpachtet, so bleiben die Früchte dem Eigentümer pfandrechtlich genau so unterworfen, als hätte der erste Pächter sie eingeerntet", weil er also sage, daß alles unverändert in seinem alten Zustande bleibe, deshalb könne von einem weiter entstehenden Pfandrecht, das nicht schon vorher auf den Früchten geruht habe, nicht die Rede sein. Diese Argumentation ist unbedingt zu verwerfen; auf diese Weise könnte man aus der genannten Stelle auch herauslesen, daß eine ausdrückliche Verpfändung der Früchte an einen dritten nicht möglich sei, weil sie sich alsdann nicht mehr in demselben Zustand befänden, in dem sie sich bei der Perzeption durch den ersten Pächter befunden haben würden. Vielmehr sagt die Stelle weiter nichts, als daß durch die Afterverpachtung das Pfandrecht des ersten Verpächters in keiner Weise verändert wird, daß es also nach wie vor zur Sicherung aller Forderungen dient, die der erste Verpächter auf Grund seines Pachtvertrags gegen den ersten Pächter geltend machen kann, ohne Rücksicht darauf, daß nach stattgefundener After-

verpachtung nun nicht der erste Pächter, sondern der Afterpächter die Früchte zieht.[20]

Das uti frui, das der erste Vermieter auf Grund des Mietvertrags seinem Mieter prästieren muß,[21] umfaßt aber auch die dem Mieter zustehende Befugnis afterzuvermieten.[22] Stört also der erste Vermieter seinen Mieter hierin oder hindert er den Aftervermieter am Gebrauch, so haftet er seinem Mieter auf das Interesse, welches dieser daran hat, daß er aftervermieten kann, daß sein Mieter nicht gestört wird und daß dieser keinen Schadenserſatz von ihm wegen nicht gewährten Gebrauchs verlangt. Es erscheint somit, da der Mieter in Ausübung seines Gebrauchsrechtes aftervermietet, die Hinderung des Aftermieters am Gebrauch zugleich als Hinderung des ersten Mieters die ihm zugesicherten Rechte auszuüben. Der Aftervermieter hat alsdann eine Klage gegen seinen Vermieter, die gerichtet ist auf Gebrauchsüberlassung und eventuell auf Ersatz des Interesses oder er kann vom Vertrage zurücktreten und direkt das Interesse einklagen; zwischen diesen beiden Rechten hat der Mieter freie Wahl.[23]

Wie der Schadenserſatz berechnet wird, zeigen folgende Stellen:

l. 7 D. locati 19, 2. Paulus libro XXXII. ad Edictum. „Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet quia ipse Titio tenearis in sexaginta“;

l. 8 D. eodem. Tryphoninus, libro IX. Disputationum. „nos videamus, ne non sexaginta praestanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui con-

[20] Ueber die Frage, ob man es bei dem stillschweigenden Pfandrechte nicht vielmehr mit einem qualifizierten Retentionsrechte zu thun habe, vergl. Vangerow, I § 376, A. 1a., S. 850. – Windscheid I § 231.

[21] l. 9 pr., l. 15 § 1, l. 33 D. locati 19,2.

[22] l. 60 pr. D. locati 19,2: „... praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ..., sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit.“

[23] Vergl. Seuffert, Archiv XXIV, 28.

ductione, tantundemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit, quoniam emolumentum conductionis ad comparationem uberioris mercedis computatum maiorem efficit condemnationem. Et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset; quo iure utimur."

In der ersten Stelle hat jemand ein fremdes Haus um 50 vermietet, worauf der Mieter alsdann dieses Haus um den Preis von 60 in Aftermiete gegeben hat. Wird nun der Aftermieter von dem Eigentümer, der hier nicht identisch ist mit dem ersten Vermieter, am Wohnen gehindert, so kann, wie Paulus sagt, der Aftervermieter gegen den ersten Vermieter auf sechzig klagen, „weil er selbst dem Aftermieter auf 60 hafte". Diese Stelle wird nur richtig verstanden, wenn man annimmt, daß beide Mieter den Mietzins im Voraus bezahlt haben. Denn hätte z. B. der Aftermieter den Mietzins von 60 nicht bezahlt, so wäre nicht zu erkennen, warum der Jurist die Haftung des Aftervermieters ohne weiteres gerade auf 60 veranschlägt. Dies ergiebt sich aus der näheren Betrachtung der Verhältnisse. Die Unmöglichkeit, seinen Verpflichtungen nachzukommen, tritt nämlich bei dem Aftervermieter erst *nach* Abschluß des Aftermietvertrags ein. Es liegt also ein Fall der sogen. nachfolgenden Unmöglichkeit vor; denn zur Zeit des Vertragsschlusses war für den Aftervermieter auf Grund des von ihm geschlossenen ersten Mietvertrags die Möglichkeit vorhanden, den Verpflichtungen, die durch den Aftermietvertrag entstanden, nachzukommen. Da nun der Aftermieter durch einen Dritten am Gebrauch gehindert wird, liegt auf Seiten des Aftervermieters nachfolgende, unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung vor. Er haftet daher nicht auf das Interesse des Aftermieters, sondern nur auf Rückzahlung des etwa gezahlten Mietgeldes.[24] Anders liegt die Sache bei dem ersten Vermieter. Dieser konnte wohl einen Mietvertrag über eine *fremde* Sache abschließen, er

[24] vgl. Windscheid 2, §§ 264, 400. — Böhmer, exercit. X, §§. 10 und 11.

konnte aber den versprochenen Gebrauch nicht gewähren. Wenn also unter diesen Umständen der Mieter am Gebrauch durch den Eigentümer gehindert wird — dies geschieht durch die Hinderung des Aftermieters — so liegt auf Seiten des Vermieters ursprüngliche, subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor.[25] Bezüglich dieser haftet aber der Vermieter auf das Interesse, wobei es einerlei ist, ob der Vermieter bei Abschluß des Mietvertrags gewußt hat, daß die Sache eine fremde ist, oder ob diese Kenntnis nicht vorhanden war.[25] Wenn der Jurist also sagt, der Aftervermieter sei dem Aftermieter auf 60 verpflichtet, so kann dies, da den Aftervermieter keine Schuld an der Unmöglichkeit der Leistung trifft, nur von dem bereits gezahlten Mietgeld verstanden werden. Selbst wenn man auf Seiten des Aftervermieters ein Schuldmoment nachweisen könnte, läge, wenn hier eine Zahlung des Aftermietzinses nicht stattgefunden hätte, ohne nähere Darlegung der Verhältnisse doch durchaus kein Grund vor, das in diesem Falle zu befriedigende Interesse des Aftermieters gerade auf 60 zu veranschlagen, da dasselbe nicht notwendig 60 beträgt, sondern nach den Grundsätzen über damnum emergens und lucrum cessans berechnet, bald größer, bald kleiner sein kann. Wenn nun der Mieter bei der Aussichtslosigkeit einer Klage auf Gebrauchsüberlassung vom Mietvertrage zurücktritt[26] und von dem ersten Vermieter Ersatz jener 60, die er an den Aftermieter zahlen mußte, verlangt, so fordert er damit den von ihm gezahlten ersten Mietzins von 50 zurück und macht außerdem sein Interesse, d. h. hier den Gewinn, geltend, den er aus der Aftervermietung gezogen haben würde und der sich nach Abzug des von dem Mieter zu zahlenden Mietzinses 50 von dem durch die Aftervermietung gewonnenen Zinse von 60 noch auf 10 belaufen würde.

Man sieht, daß l. 7. cit. einen Specialfall im Auge hat,

[25] vgl. Windscheid 2, §§ 264, 315.

[26] Das kann der Mieter, wenn auch die Hinderung des Aftermieters nur eine teilweise Nichtgewährung der Vertragsrechte oder vielmehr die Verhinderung der Ausübung dieser Rechte in einer gewissen Richtung bedeutet. — Man beachte auch das „perciperet“ der l. 8. cit. mit Beziehung auf das Gesagte.

und daß die Rechnung schon dann nicht mehr stimmt, wenn die Hinderung des Aftermieters erst eintritt, nachdem der Aftermieter schon eine Zeit lang die Sache gebraucht hat, weil derselbe alsdann Rückzahlung des Mietzinses nur im Verhältnis des nicht gewährten Gebrauches verlangen kann.

Darum fährt l. 8. cit. verallgemeinernd weiter, indem sie sagt, daß es auf die Mietzinse allein nicht ankomme, sondern daß das gesammte Interesse in Betracht komme, das der Mieter am Bestand des Mietvertrags habe. Dieser bringt also sowohl sein Interesse, das er als Mieter hat, als auch dasjenige, welches er als Aftervermieter hat, in Anschlag. Dies letztere bemißt sich aber nach dem, was er dem Aftermieter zu leisten hat (damnum emergens) und dem, was er selbst erlangt haben würde, wenn der Aftermietvertrag bestehen geblieben wäre (lucrum cessans). Auf das letztere bezieht sich der Satz der l. 8 cit. „quoniam emolumentum etc.“; das erstere kommt in dem vorliegenden Beispiele nicht in Betracht, weil der Aftervermieter nur dann schadensersatzpflichtig ist, wenn ihn eine Schuld bei der Nichtgewährung des Gebrauches trifft; doch wäre z. B. damnum emergens eine Konventionalstrafe, die der Aftervermieter auf Grund des zweiten Mietvertrags zahlen muß. Doch ist es billig — damit greift Tryphoninus auf das Beispiel der l. 7 zurück — daß der erste Vermieter dem Anspruche seines Mieters gegenüber seine Forderung von 50 compensando geltend machen kann. Denn dadurch, daß der erste Mietvertrag den Mieter zur Zahlung von fünfzig verpflichtete, hätte sich der Gewinn nur auf sechzig minus fünfzig belaufen. Zu demselben Resultat kommt man auch dann, wenn der Mieter vom ersten Mietvertrag nicht zurücktritt, weil alsdann der Vermieter seinen Mietanspruch auf dem Wege der Gegenforderung geltend machen kann; nicht anders wird natürlich das Ergebnis sein, wenn der Mietzins bereits im Voraus bezahlt ist. [27]

In ihrer Kasuistik bringen die Quellen noch ein Beispiel der Schadensersatzberechnung und zwar in l. 30 pr. D. locati 19,2.

---

[27] Vergl. Glück, Bd. 17, S. 359; Seuffert, Pand. § 329. Westphal, Kauf § 948, S. 713. Aus der Praxis: Seuffert Arch. XXIV, 28.

Alfenus libro III. Digestorum a Paulo epitomatorum.
„Qui insulam triginta conduxerat singula coenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur; dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat, ex conducto ageret. Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem aestimari; sin autem non fuisset necesse demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere."

In diesem Beispiel hat jemand ein Haus gemietet um den Preis von 30 und die einzelnen Räumlichkeiten des Hauses derart an mehrere vermietet, daß er hieraus 40 zu beanspruchen hatte. Während der Mietzeit ließ der Eigentümer das Haus niederreißen. Der erste Mieter klagte auf Grund des Mietvertrags und zwar wurde entschieden, daß, wenn das Haus baufällig und das Einreißen desselben nötig gewesen sei, der vom Mieter geschuldete Mietzins nur im Verhältnis des nicht gemachten Gebrauches in Betracht kommen, d. h. daß der Mieter den Mietzins im genannten Verhältnis von dem bereits bezahlten Zins zurückfordern, resp. von dem noch zu zahlenden Mietpreis in Abzug bringen könne. Sei das Niederreißen jedoch nicht nötig gewesen, so hafte er seinem Mieter auf das Interesse, das dieser daran hat, daß seine Aftermieter nicht ausziehen. Es berechnet sich auch dies nach den oben angegebenen Grundsätzen, indem hier in dem einen Fall unverschuldete, in dem anderen Falle verschuldete, nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung vorliegt.[28]

[28] Es ist daher offenbar unrichtig und aus der Stelle absolut nicht herauszulesen, daß der Vermieter, wie Gretschmar S. 14 meint, auch im Falle, daß die Reparatur notwendig war, seinem Mieter zur Zahlung der Differenz zwischen der Summe der Aftermietzinse und dem ersten Mietzinse verpflichtet sei. Das wäre eine Interessenforderung, zu deren Geltendmachung der Mieter nur dann berechtigt ist, wenn das Einreißen des Hauses nicht necessario geschehen ist.

Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß der Aftervermieter sein Interesse, das er am Bestand des Aftermietvertrags hat, dem ersten Vermieter gegenüber nur dann geltend machen kann, wenn ihm die Aftervermietung nicht untersagt war. Die Nachteile aus einer verbotswidrigen Sublokation trägt der Aftervermieter allein. Die Haftung des Aftervermieters für zugesagte Eigenschaften und verborgene Mängel der Mietsache ist dem Aftermieter gegenüber dieselbe, wie bei jedem anderen Mietvertrag; liegen die Bedingungen für die Haftung auch bei dem ersten Vermieter vor, so kann selbstverständlich der Aftervermieter gegen diesen Regreß nehmen. Niemals aber könnte ohne Weiteres der Aftermieter direkt gegen den ersten Vermieter klagen. Umgekehrt, wenn die Mietsache vom Aftermieter beschädigt worden ist, so kann der erste Vermieter nur gegen seinen Mieter klagen, während dieser sich wieder an den Aftermieter halten kann; wohl aber kann der erste Vermieter Cession der Klage des Aftervermieters verlangen.[29] Der Bürge des Aftermieters haftet dem ersten Vermieter nicht.[30] In gleicher Weise, wie jeden Vermieter, trifft auch den Aftervermieter die Pflicht, die Mietsache in brauchbarem Zustande zu erhalten; doch braucht dies der Sublokator nicht selbst zu besorgen, sondern er kann den ersten Lokator mit der actio conducti hierzu anhalten.

Entsteht dem ersten Vermieter ein Nachteil aus der Aftervermietung, so haftet der Aftervermieter hierfür nur wegen culpa in eligendo.[31]

> l. 11 pr. D. locati 19, 2. — Ulpianus libro XXXII. ad Edictum. „Videamus, an et servorum culpam, et quoscunque induxerit, praestare conductor debeat; . . . mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites . . .“

Cretschmar kommt zu dieser Erklärung hauptsächlich deswegen, weil er vor dem „quod eius temporis“ ein „et eius“ eingefügt wissen will. Vergl. Westphal, Kauf § 933, S. 700. — Glück, 17, S. 370.

[29] Westphal, Kauf § 985.

[30] l. 53. D. locati 19, 2.

[31] Eck in Holtzendorff's Rechtslexikon, s. v. Aftermiete. Seuffert Pand. § 329. — Glück, Bd. 17, S. 482.

Anders aber haftet der Aftervermieter bei einer verbotswidrigen Sublokation für jeden aus derselben entstehenden Schaden und kann sich durch den Nachweis, daß er bei Auswahl des Aftermieters die nötige Sorgfalt gebraucht habe, von dieser Haftung nicht befreien.

Bekannt ist, daß nach römischem Recht der Mieter bloßer Detentor der Mietsache ist. Selbstverständlich ist dies auch bei dem Aftervermieter nicht anders der Fall[32] und wird für diesen nochmals besonders bestätigt durch folgende Gesetzesstellen:

l. 25 § 1 D. de a. vel. a. poss. 41, 2. — Pomponius libro XXIII ad Quintum Mucium. „Et per colonos et inquilinos ... possidemus; et si ... alii locent, intellegimur nos retinere possessionem ...“

l. 30 § 6 D. eodem. — Paulus libro XV. ad Sabinum. „Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit ...; et id per quamlibet plurium personam factum observandum ita erit.“

§ 2.

Gegenstand des Aftermietvertrags.

Im Allgemeinen kann das, was Gegenstand eines Mietvertrags ist, auch Objekt eines Aftermietvertrags sein. Doch ist dies nur im Allgemeinen der Fall und es besteht eine wichtige Ausnahme, weshalb eine besondere Behandlung der Frage, was Gegenstand eines Aftermietvertrags sein kann, nötig ist.

Gegenstand des gewöhnlichen Mietvertrags können sein:

a) res.

b) operae.[33]

---

[32] Ueber die Frage, ob der Aftermieter Stellvertreter des Mieters in der Detention der Mietsache ist, sodaß auch nach der Aftervermietung der Vermieter Detentor bliebe, vergl. das diese Frage verneinende Erk. d. O. A. G. Kassel vom 15. Aug. 1865. (Seuffert, Arch. XX,104.)

[33] Wir folgen bei dieser Einteilung Windscheid 2, § 399, der die locatio conductio operis als einen Spezialfall der loc. cond. operarum bezeichnet, während dieselbe, z. B. von Dernburg 2, § 110, als selb-

a) Bezüglich der Sachen, die aftervermietet werden können, gilt das allgemein für die Sachenmiete gültige; die Sachen müssen also in commercio, sie können bewegliche und unbewegliche sein, sie können dem Vermieter zu Eigentum gehören oder nicht. Ein Mietvertrag, der über eine dem Mieter eigentümlich zustehende Sache geschlossen wird, ist nichtig. Gleichwohl kann ein Aftermietvertrag über eine dem Aftermieter gehörende Sache geschlossen werden. Dies ist der Fall, wenn der vermietende Eigentümer die Mietsache für sich wieder zurückmietet. Dem scheint entgegenzustehen

> l. 45. pr. D. de div. reg. iuris 50, 17. Ulpianus libro XXX ad Edictum. „Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest",

indem hier mit bestimmten Worten erklärt ist, daß ein Mietvertrag (richtiger würde es in der Stelle statt locatio „conductio" heißen!) über eine dem Mieter gehörige Sache ungültig sei. Keinen Aufschluß giebt die einen gleichen Fall behandelnde l. 20. C. de locato 4,65.

> „qui rem propriam conduxit, existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit."

Hier kann die Ungiltigkeit des Mietvertrags nicht nur aus dem Mieten einer eigenen Sache, sondern vielmehr aus dem wesentlichen Irrtum des Mieters („existimans alienam") resultieren. Die Stelle giebt aber doch eine Handhabe zum Verständnisse der l. 45. pr. cit., als deren Sinn sich nun, namentlich unter Zuhülfenahme der l. 28. D. de a. v. a. poss. 41,2, folgendes ergiebt: ein Mietvertrag über eine dem Mieter gehörende Sache ist im Allgemeinen nichtig, namentlich dann, wenn der Mieter meint, daß diese Sache eine fremde sei. Denn der Mieter schließt den Mietvertrag ab, um sich den Gebrauch und die Nutzung einer Sache zu verschaffen. Als Eigentümer steht ihm aber Gebrauch und Nutzung

ständige dritte Art neben die loc. cond. rei und operarum gestellt wird — Der besondere Sprachgebrauch bei der locatio operis ist auch bei der sublocatio operis zu beobachten, indem sublocator derjenige heißt der sich das Arbeitsresultat versprechen läßt, und subconductor derjenige, der die Ausführung der Arbeit übernimmt.

in der Regel schon von vornherein zu. Ist dies jedoch nicht der Fall, so kann er sich die erwähnten Rechte sehr wohl verschaffen und ist ein Mietvertrag in dieser Hinsicht als zulässig zu betrachten. Man kann sich also das uti frui an eigener Sache durch ein Rechtsgeschäft verschaffen, wenn und insoweit es einem nicht schon zusteht. [33a]

b) Auch operae können Gegenstand eines Mietvertrags sein. Ob sie aber auch Gegenstand eines Aftermietvertrages werden können, bedarf noch näherer Betrachtung.

1) Nehmen wir die Möglichkeit einer sublocatio operarum im Allgemeinen an, so ergiebt sich, daß hierbei derjenige, der sich von Jemand Dienste versprechen ließ, dieselben einem Dritten derart verspricht, daß dieser einen Anspruch auf die Leistung der Dienste bekommen soll. Das wäre nach Analogie der sublocatio rerum der Inhalt eines Aftermietvertrags über Dienste.

Darüber nun, ob eine derartige Weitervermietung zulässig ist, besteht in der älteren Litteratur ein Streit, in dem die Einen dieselbe im Allgemeinen für zulässig erklären, die Anderen sie als unzulässig gänzlich verwerfen oder doch nur unter ganz bestimmten Bedingungen zulassen.

Die erste Ansicht wird von älteren Pandektisten vertreten und ist heute mit Recht aufgegeben. Vor allem sind hier zu nennen Lauterbach und Berger. [34] Letzterer sagt: „non operam minus quam rem conductam sublocari posse (arg. l. 7. D. loc. 19.2 l. 6. C. de loc 4.65) modo locatoris non intersit, ut puta, cum servus a conductore humano sublocetur saevo." Lauterbach seinerseits behauptet: „operae autem locari solitae non tantum propriae, sed etiam alienae recte in hunc contractum deducuntur (l. 9. l. 25 pr. et §§ sequu., l. 27 D. de operis libert. 38.1; l. 3 D. de usu et usufructu 33.2) ita ut conductor quoque operas conductas, si de contraria contrahentium mente non

[33a] Vergl. z. B. österr. B. G. B. § 1093; sächs. B. G. B. § 1189.

[34] Dieselbe Ansicht vertritt auch Willenberg, S. 647, § 1. — Lauterbach, tit. locati § 29. — Berger, lib. 3. tit. 5. th. 22 not. 5.

constat, alteri locare possit (arg. l. 7 D. loc. 19,2; l. 6 C. de loc. 4,65).

Berger behauptet zwar die Zulässigkeit der Sublokation unter der allgemeinen, auch für die sublocatio rerum geltenden Beschränkung, daß durch die Aftervermietung die Interessen des ersten Vermieters nicht verletzt werden dürfen, bleibt aber den Beweis schuldig. Denn daß seine angestellte Beweisführung schließlich keinen Beweis erbringt, lehrt ein Blick auf die von ihm allegierten Stellen. Diese können gar nicht auf den vorliegenden Fall einer sublocatio operarum bezogen werden, weil die eine von einer insula, die andere allgemein von res als Objekt des Aftermietvertrags handelt. Nimmermehr können aber Dienste unter res verstanden werden. Auch die Anführung des Sklaven bestärkt die Berger'sche Ansicht in nichts. Denn der römische Sklave ist nach damaliger Rechtsanschauung eine Sache und nicht über seine Dienste, sondern über ihn selbst wird der Mietvertrag abgeschlossen, ebenso wie man nicht die Zugkraft eines Zugtieres oder die Produktionsfähigkeit eines Ackers mietet, sondern das Zugtier und den Acker selbst. Genau so, wie bei diesen res der Nutzen, den Mieter und Aftermieter ziehen wollen, in den Arbeitsleistungen des Tieres und den Früchten des Ackers besteht, so besteht der Nutzen des Sklaven in seinen Diensten, so daß auch die sublocatio servi keine sublocatio operarum sondern eine sublocatio rei ist. [35]

Auch Lauterbach behauptet dasselbe unter der an und für sich richtigen Beschränkung „si de contraria contrahentium mente non constat". Ein Teil seiner zum Beweise herangezogenen Digestenstellen findet ihre Widerlegung durch das über die Berger'sche Beweisführung Gesagte. Weiter stützt sich Lauterbach noch auf l. 9, l. 25, l. 27 D. de operis libert. 38,1. Aber auch diese Stellen sind nicht imstande, die erwähnte Behauptung zu erhärten. Denn diese Stellen sind alle aus dem Titel de operis libertorum genommen, der mit den folgenden Titeln desselben Buches das besondere Recht der liberti zur Darstellung bringt. In den drei citierten Stellen ist überall ohne Ausnahme von den

[35] Vergl. Cocceji, Bd. 1. S. 923, qu. 9.

operae der liberti mit Bezug auf den Patronus die Rede und alle Folgerungen, die in diesen Stellen gezogen werden, sind ein Resultat des eigentümlichen Rechtsverhältnisses, das zwischen patronus und libertus besteht, das einem Pietätsverhältnis vergleichbar gleichzeitig Quelle der verschiedensten Rechte und Pflichten ist. Nicht in einer einzigen dieser Stellen wird gesagt, daß auch ein Dritter über die Dienste des libertus verfügen könne; l. 27. cit. sagt zwar: „si libertus artem pantomimi exerceat, verum est, debere eum non solum ipsi patrono, sed etiam amicorum ludis gratuitam operam praebere“. Allein diese Stelle konstatiert nur eine Pflicht der liberti zur Dienstleistung, kein Recht der Freunde des Patrons auf dieselben; ferner sind sie auch nur soweit verpflichtet, als es der Patron wünscht (voluntate patroni). Es kann also über die Dienste eines libertus außer diesem selbst im Allgemeinen nur der Patron verfügen und dies Verfügungsrecht beruht auf dem besonderen Rechtsverhältnisse, das zwischen den Beiden besteht. Auf andere Verhältnisse läßt sich dies jedoch nicht übertragen.

Weiterhin wird von Lauterbach eine Stelle angeführt, die allerdings etwas schwerer ins Gewicht fällt. Dies ist

l. 3. D. de usu et usu fr. 33,2. — Paulus libro III. ad Sabinum.

„Hominis quoque liberi operae legari possunt, sicut locari, et in stipulationem deduci.“

Man könnte zunächst denken, daß es sich hier um eigene Dienste handle; das würde jedoch nur auf die beiden letzten Fälle passen. Vielmehr weist das legari darauf hin, daß es sich um fremde Dienste handelt und somit wäre der Sinn der Stelle, daß man die Dienste eines Dritten, auch wenn er ein Freier ist, ebenso vermachen kann, wie man einen Mietvertrag über diesen abschließen oder wie eine Stipulation über sie zustande kommen kann.

Können nun aber die Dienste eines Dritten wirklich vermacht werden? Ohne Zweifel; aber eben so zweifellos ist es auch, daß der Dritte auf Grund des Legats nicht genötigt werden kann,

diese Dienste zu leisten. Damit ist aber das Legat noch nicht inhaltlos geworden. Ein ähnlicher Zustand wird z. B. durch das legatum rei alienae herbeigeführt. Hierbei vermacht Jemand eine einem Dritten gehörige Sache; das Legat bleibt bestehen, auch wenn der Onerierte nicht Eigentümer des Vermächtnisobjektes wird. Es wird aber Niemand meinen, daß nunmehr der Eigentümer der legierten Sache verpflichtet sei, dieselbe an den Honorierten herauszugeben. Vielmehr hat das römische Recht bestimmt, daß der Erbe verpflichtet sei, den Erwerb des fraglichen Objekts zu versuchen und, wenn dies erfolglos ist, anderweitig, eventuell durch Zahlung der Wertsumme, seiner Verpflichtung nachzukommen, dies alles aber nur dann, wenn der Erblasser gewußt habe, daß er eine nicht ihm gehörige Sache vermache.[36] Genau so verhält es sich auch, wenn operae vermacht sind. Der Dritte kann nicht gezwungen werden, die vermachten Dienste zu leisten, wohl aber besteht die Verpflichtung des Vermächtnisträgers, auch nach der Weigerung des Dritten, dahin zu wirken, daß das Legat durch die Dienste eines Anderen erfüllt werde, eventuell den Vermögenswert derselben in Geld zu entrichten. Somit bekommt auch das „sicut locari" unserer Stelle einen anderen Sinn. Dasselbe sagt also, daß über die Dienste eines freien Mannes ein Mietvertrag abgeschlossen werden kann, daß aber, wie bei dem erwähnten Legat der Erbe, so hier der versprechende Teil die versprochenen Dienste (eventuell in anderer Form) verschaffen muß, daß aber der Dritte durch das Legat und durch das Versprechen des Vermieters nicht gezwungen ist, die fraglichen Dienste zu leisten.

Werden nun von Demjenigen, der sich Dienste versprechen ließ, diese Dienste an einen Dritten weitervermietet, so ist unter allgemeinen Bedingungen dieser Vertrag gültig, d. h. es entsteht auf der einen Seite die Verpflichtung des Vermieters, die versprochenen Dienste zu verschaffen, auf der anderen Seite die Verpflichtung des Mieters, den versprochenen Mietlohn zu bezahlen. Formell liegt also eine Aftervermietung vor, materiell jedoch nicht. Der erste Vermieter kann durchaus nicht gezwungen werden, auf

[36] § 4 I. de legatis 2,20; l. 39 § 7 D. de legatis 30.

Grund dieser Aftervermietung die Dienste nunmehr an den Dritten zu leisten, „denn wer mir seine Dienste vermietet, will sich dadurch bloß mir verbindlich machen. Nur ich habe daher ein persönliches Recht, von ihm zu fordern, daß er mir die versprochenen Dienste leiste. Wenn ich nun diese Dienste ohne die Einwilligung des Lokators einem Dritten wieder sublociert hätte, mit welchem Recht könnte ich den Lokator nötigen, daß er sie dem Subkonduktor leiste, mit dem er gar nicht kontrahiert hat?“ [37] Eine sublocatio operarum mit dem Erfolg, daß der Subkonduktor einen Anspruch auf die Dienste des ersten Lokators bekäme, giebt es daher nicht. Namentlich ergiebt es sich als Folge hiervon, daß anders, wie bei einer sublocatio rerum, der Aftervermieter dann, wenn der erste Vermieter seine Dienste nicht an den Aftermieter leisten will, nicht vom ersten Mietvertrag zurücktreten kann. Ob der erste Vermieter an den Aftermieter leisten soll, hängt lediglich von der Entschließung des ersteren ab. Damit wird aber ein fremdes Element in das ganze Rechtsgeschäft hineingetragen; verlangt nämlich der Aftermieter die Dienste des ersten Vermieters und erklärt sich dieser zur Leistung bereit, so leistet der erste Vermieter nicht mehr auf Grund der Aftervermietung, sondern auf Grund einer besonderen Willenseinigung und diese allein wird dann maßgebend sein, ob der sogenannte Aftermieter die Dienste verlangen kann oder nicht. Damit ist der Gedanke einer Sublokation von Diensten im obigen Sinne durchaus zu verwerfen, sofern nicht dem Mieter wirklich ein Recht zusteht, über die gemieteten Dienste auch zu Gunsten Anderer zu verfügen; [38] ein derartiges Recht kann dem Mieter aber nur dann zugestanden werden, wenn es ihm ausdrücklich eingeräumt worden ist. Wenn andere Schriftsteller [39] der Ansicht sind, daß eine Aftervermietung von Diensten zulässig sei, „sofern nicht des Dienenden Umstände dadurch erschwert werden und also dieser

[37] Glück, Bd. 17 S. 316.

[38] So z. B. bei der oben erwähnten Vermietung der Dienste der liberti. — Vergl. über die ganze Frage außer den im Text citierten: Huber, ad. D lib. 19.2, § 2, S. 627 f.; Beyer a. a. O.; Anderson § 19; Glück 17, S. 316; Mühlenbruch S. 322; Windscheid 2 § 399, Anm. 2

[39] Westphal, Kauf § 909 S. 676; Wildvogel § 13.

mit Recht sich der Verschlimmerung entgegensetzen kann", so ist dazu zu bemerken, daß dies, wenn überhaupt eine Sublokation der Dienste zulässig wäre, selbstverständlich ist, weil durch die Aftervermietung der erste Vermieter bekanntlich keinen Nachteil erleiden darf; eine derartige Bestimmung wäre auch rationell und gäbe die Möglichkeit, allzu großen Härten bei einer sub'ocatio operarum entgegenzutreten. Es stehen aber auch dieser, scheinbar gemäßigteren Ansicht dieselben Einwände entgegen, die der Aftervermietung von Diensten überhaupt entgegen zu halten sind.

2) Nach dem Gesagten scheint die Frage, ob eine sublocatio operis gestattet ist, überflüssig zu sein; denn wenn die locatio operis nur ein besonderer Fall der locatio operarum ist und die Besonderheit dieses Falles nur in der Intention auf ein durch die vermieteten Dienste herzustellendes Arbeitsresultat zu suchen ist, [40] so muß man die Frage nach einer sublocatio operis in gleicher Weise verneinen, wie dies bei der sublocatio operarum geschehen ist. Denn wenn mir jemand seine Dienste vermietet, so will er diese Dienste nur mir leisten und diese Absicht des Vermieters braucht noch nicht um deswillen als nicht vorhanden vermutet zu werden, weil die Dienstleistung ein ganz bestimmtes Arbeitsresultat bezwecken soll.

Dies Ergebnis stimmt jedoch nicht mit den ausdrücklichen Bestimmungen der Quellen überein, welche sich in folgenden Stellen finden:

l. 48 pr. D. locati 19,2. Marcellus libro VIII. Digestorum, „Si cui locaverim faciendum, quod ego conduxeram, constabit, habere me ex locato actionem."

l. 38 § 21 D. de verb. obl. 45,1. Ulpianus libro XLIX ad Sabinum.

„... si quis id locaverit faciendum, quod ipse conduxerit, constat, habere eum utilem ex locato actionem."

Hier wird die Möglichkeit einer sublocatio operis derart ausgesprochen, daß beide Stellen sagen, derjenige, der die Herstellung eines Werkes übernommen habe und dieselbe einem

[40] Windscheid 2 § 399.

Dritten übertrage, habe eine Klage gegen diesen Dritten auf Fertigung des Werkes.[41] Die Intention dieses Vertrags ist, wie bei der locatio operis, nicht auf ein Gebrauchen der Dienste, sondern auf das Erhalten eines bestimmten Arbeitsresultates gerichtet; nicht daran liegt dem Lokator etwas, daß die betreffenden Dienste geleistet werden, sondern daran, daß er das versprochene opus erhält. Bekommt nun das bestellte Opus dadurch ein besonderes Merkmal, daß es ein ganz bestimmter Konduktor fertigt, oder liegt dem Besteller daran, daß es der Konduktor selbst verfertigt, dem die Herstellung vom Besteller aufgegeben wurde, so liegt darum die Annahme, daß der abgeschlossene Vertrag die Dienste des Konduktors zum Gegenstand habe, noch nicht näher, vielmehr bleibt Gegenstand des Vertrags immer das bestellte Werk, dem die stillschweigende oder ausdrückliche Vertragsbestimmung, daß es der Konduktor selbst verfertigen soll, zu einem entweder allgemein oder doch für den Besteller schätzenswerten Merkmal verhelfen soll. Auch der bekannte Sprachgebrauch des römischen Rechts deutet auf die der locatio operarum und der locatio operis zu Grunde liegenden, verschiedenen Anschauungen hin, indem derjenige, der die Arbeit leistet, einmal locator, das andremal conductor heißt. Dies beruht nicht auf Zufall oder auf Willkürlichkeit. Vielmehr setzt die locatio operis begrifflich voraus,

---

[41] Zu einem Mißverständnisse, welche Klage dem sublocator zustehe, kann das „utilem" actionem der l. 38 § 21 cit. führen, indem man annehmen kann, daß der sublocator eine actio ex locato utilis habe. Allein für eine actio utilis liegt hier ebensowenig ein Grund vor, als bei der sublocatio rei. Die Klage ist vielmehr die einfache actio locati; demnach ist das utilis gleichbedeutend mit efficax, d. h. Kläger hat mit dieser Klage allemal Erfolg. (S. Anton Faber, ad l. 48 pr. 19. 2.). — Donellus (ad l. 38 § 21 D. de verb. obl. 45,1, S. 148, n. 2) schlägt eine Emendation vor und will statt „utilem" „utique" Lesen; den Sinn der Stelle würde dies nicht ändern. — Mühlenbruch, S. 93. Anm. 194 faßt die Klage wirklich als actio utilis auf, „weil der zweite Lokator eigentlich etwas ihm nicht Gehöriges denn dies opus konnte nur von dem primus locator überlassen werden — vermietet hat." Alsdann müßte man nicht nur dem sublocator rei, sondern jedem Vermieter, der nicht Eigentümer ist, die Klage nur utiliter geben, „weil er etwas ihm nicht Gehöriges vermietet hat" und eine der ersten Voraussetzungen der actio locati wäre alsdann, daß der Vermieter Eigentümer sein muß, wenn er dieselbe anstellen will.

daß der Besteller die zu bearbeitende Materie hergiebt, wie l. 20 D. de contr. emtione 18, 1 sagt:

„nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret.“

Auf das Hingeben dieser Materie bezieht sich das „locare“; alsdann heißt „conducere“ soviel, als mitnehmen (d. i. zur Bearbeitung); hier heißt also derjenige, der die Arbeit leisten soll, conductor, während er bei der Dienstmiete locator genannt wird. Dieser wohl zu beachtende Sprachgebrauch weist zur Genüge darauf hin, daß es hier unmöglich die Dienste des die Arbeit versprechenden Teiles sind, über die der Vertrag abgeschlossen wird,[42] sondern daß Gegenstand des Mietvertrags das opus faciendum ist.[43]

Diese Ausführung soll zu dem Nachweise dienen, daß locatio operarum und locatio operis zwei innerlich verschiedene Rechtsgeschäfte sind und daß man gleichwohl eine sublocatio operis, ohne Rücksicht darauf, daß dies die Quellen ausdrücklich bestimmen, für zulässig erachten kann, ohne damit gegen das Prinzip, daß eine sublocatio operarum in dem oben angegebenen Sinne unzulässig ist, zu verstoßen.

Nachdem wir bereits gesehen haben, daß eine sublocatio operis möglich ist, bleibt zunächst die Frage, wann eine solche erlaubt ist. Hierauf ist im Wesentlichen zu antworten, daß auch hierbei überall sublociert werden darf, wo der erste Vertrag nicht entgegensteht. Der sublocierende Konduktor giebt dem Subkonduktor das erhaltene corpus zur Bearbeitung. Auch hier ist eine partielle Sublokation derart möglich, daß der Konduktor nur einen

---

[42] Weil aber die Dienste des Konduktors, wenn auch nicht die Hauptsache, so doch zur Herstellung nötig sind, so erscheint von seiner Seite aus gesehen die Uebernahme eines opus locatum bis zu einem gewissen Grade als locatio operarum. In diesem Sinne ist der entgegengesetzte Sprachgebrauch der l. 22 § 2 D. locati 19,2 zu erklären.

[43] Franc. Florens, S. 525: „quoties autem aliquis opus remansurum est post operationem, potissimum illud opus spectasse videmur: itaque etiam per alium vel per heredem potest impleri. Potius enim opus ipsum, quam artificem spectavimus, nisi nominatim a promittente illud opus fieri convenerit.“

Teil der erhaltenen Materie zur Bearbeitung weiter giebt. Vor allem aber kommt es darauf an, daß dem Konduktor die Sublokation nicht untersagt ist.

Dies Verbot kann aber nicht nur ausdrücklich[44] gegeben werden, sondern es kann auch aus anderen Umständen auf die Unzulässigkeit einer Sublokation wegen entgegenstehenden Parteiwillens geschlossen werden.

Der Subkonduktor ist scharf von einem bloßen operarius zu scheiden, denn der Subkonduktor ist *Vertreter* des Konduktors, der Arbeiter ist bloßes *Werkzeug*. Die Annahme eines operarius von Seiten des Konduktors wird meist eine conductio operarum sein; darin liegt selbstverständlich noch keine sublocatio operis. Dieser Unterschied zwischen Subkonduktor (Substitut) und Operarius wird namentlich wichtig bei der Frage, in welchem Grade der Konduktor für dieselben verantwortlich ist.

War das Werk allein durch den ersten Mieter auszuführen, so steht dieser für die Handlungen sowohl des subconductor als operarius unbedingt ein.[45] War die alleinige Ausführung durch den conductor nicht bedungen oder durfte derjenige, welcher sich die Arbeit versprechen ließ, nach Lage der Umstände nicht darauf rechnen, daß die Arbeit allein durch denjenigen, welcher sie versprach, werde ausgeführt werden,[45a] so haftet der Konduktor bei einer Sublokation nur für culpa bei der Auswahl des subconductor; bei dem operarius haftet er dagegen unbedingt, wenn nicht überhaupt keine Schuld vorhanden ist: „culpa autem abest si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset“ (l. 25 § 7. D. locati 19,2). Da hiernach die Haftung für den Operarius weit größer ist als die für den Subkonduktor,[46] dürfte es sich empfehlen, diese Entscheidung aufrecht zu halten.[47]

---

[44] l. 31. D. de solut. 46. 3: „. . . hoc specialiter actum est ut suis operis id perficiat . . .“

[45] Windscheid 2, § 401 bei Anm. 4.

[45a] Namentlich ist dies der Fall bei der sogenannten Entreprise. Vergl. insbesondere Dankwardt a. a. O.

[46] Nach einer anderen Ansicht gilt für den Operarius genau dasselbe, was für den Subkonduktor und jeden anderen Substituten des Konduktors gilt; vergl. hierüber die bei Dankwardt § 20 S. 328 Anm. 2 Cit. Windscheid 2, § 401 Anm. 5.

[47] Vergl. Dankwardt, § 20. S. 324 und 328, Anm. 1 und 2.

Der vom ersten Lokator wegen Mangelhaftigkeit des gelieferten Werkes belangte Sublokator kann von seinem Subkonduktor Ersatz verlangen, wenn bei diesem die Schadensersatz bedingenden Umstände vorliegen. Der Sublokator kann dies auch thun, ohne selbst vom ersten Lokator belangt worden zu sein; er macht sich dabei keiner ungerechtfertigten Bereicherung schuldig, denn auch dieser Aftermietvertrag ist selbständig nach den von den Parteien getroffenen Bestimmungen zu beurteilen. Aus diesem Grund ist auch maßgebend für die Nativität der Schadensersatzklage des Aftervermieters gegen den Aftermieter der Zeitpunkt der Ablieferung des Werkes, nicht der Zeitpunkt, in dem der Sublokator von seinem Lokator auf Schadensersatz verklagt wird oder rechtskräftig verurteilt worden ist.[48] [49]

§ 3.

Die l. 11 § 5. D. de pignoraticia actione 13. 7.

Die Gesetzesstelle, die wir als Überschrift dieses Paragraphen gewählt haben, enthält das besondere Recht der Aftermiete, d. h. sie enthält — so wenigstens nach der heute herrschenden Auslegung — zwei Rechtssätze, welche sich nicht, wie es zum Beispiel bei den in den vorausgehenden Paragraphen wiedergegebenen Rechtssätzen meistens der Fall war, als reine Deduktionen aus allgemein gültigen Sätzen erweisen, sondern auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung eingeführt und dem Institut der Aftermiete spezifisch eigentümlich sind. Es sind zugleich diejenigen beiden Sätze, welche, wie oben bereits kurz angedeutet wurde, in den an und für sich selbstverständlichen und ohne die l. 11 § 5 cit. auch richtigen Satz, daß

[48] Vergl. Urteil des Reichsgerichts vom 11. December 1888. Seuffert, Arch. N. F. 15, 246. Siehe daselbst, sowie bei Seuff. Arch. N. F. 4, 174, über die Frage, ob Unkenntnis der Mängel, d. h. Unkenntnis der die Klage veranlassenden äußeren Ereignisse die Klageverjährung hinausschiebt; in beiden Fällen verneint.

[49] Ueber die sublocatio subconductio operis vergl. Glück 17, S. 317; Mühlenbruch, S. 322; Westphal, Kauf § 909 S. 676, Dankwardt § 20, der im Uebrigen den Begriff der locatio operis viel enger faßt, als es sonst allgemein geschieht. Windscheid § 401, Anm. 3a.

durch eine Aftervermietung Rechte und Pflichten nur zwischen den Parteien entstehen, eine Bresche legen.

Zunächst sei hier die l. 11 § 5 cit. ihrem Wortlaute nach angeführt:

> Ulpianus, libro XXVIII. ad Edictum. „Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoraticia adversus te potero experiri; nam Julianus scribit, solvi ei posse; et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi; non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria."

Die beiden Sätze, die sich hierauf gründen, sind nun folgende:

A. Der Aftermieter kann mit befreiender Wirkung für sich den Aftermietzins an den ersten Vermieter zahlen.

Allgemein gilt die Bestimmung, daß sich der Schuldner nur durch Leistung an seinen Gläubiger befreit. Abgesehen aber von den Fällen, in denen in der Person des Leistungsempfängers dem Gläubiger geleistet wird, giebt es abnorme Fälle, in denen auch die einem Nichtgläubiger gemachte Leistung die Befreiuung des Schuldners und Tilgung der Forderung im Gefolge hat. Dies ist der Fall,[50] wenn der Empfänger:

a) hinterher Gläubiger wird,

b) das Empfangene dem Gläubiger herausgiebt,

[50] Windscheid 2 § 342, Abs. 6.

c) vom Gläubiger beerbt wird,

d) an der Forderung ein Pfandrecht oder einen ihn zur Eintreibung derselben berechtigenden Nießbrauch hat, oder wenn dem Empfänger die Forderung zur Einziehung überwiesen wird,

e) wenn der Schuldner früher befugt war, dem jetzigen Empfänger zu leisten und ohne Schuld nicht weiß, daß diese Befugnis erloschen ist,

f) schließlich in dem ganz einzelstehenden Fall, daß der Schuldner Aftermieter und der Empfänger erster Vermieter ist.

Von diesen sechs Fällen ist der letzte unstreitig der interessanteste. Denn in den Fällen a, b und c wird schließlich die Rechtsstellung des Empfängers mit der des Gläubigers in derselben Person vereinigt, so daß entweder der Gläubiger nachträglicher Empfänger oder der Empfänger nachträglicher Gläubiger wird und somit die fehlgegangene Leistung schließlich dennoch an die richtige Adresse gelangt, wobei aber die schuldtilgende Wirkung erst mit dem Momente eintritt, in dem sich die genannte Einigung vollzieht; in den Fällen d hat der Empfänger ein ganz bestimmtes Recht auf die Forderung, während in dem Falle e ein entschuldbarer Irrtum unterlaufen muß. Von alledem braucht in dem Fall, daß der Aftermieter an den ersten Vermieter zahlt, nichts vorhanden zu sein,[51] um den Aftermieter von seiner Schuld zu liberieren.

Zur Begründung dieses Rechtssatzes hat man verschiedene Ansichten aufgestellt: [52]

---

[51] Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß Fälle, wie die unter a—e geschilderten auch zwischen erstem Vermieter und Aftervermieter eintreten können und daß alsdann auch auf Grund dieser Verhältnisse Zahlung an den ersten Vermieter befreiende Wirkung für den Aftermieter hat. So kann namentlich der erste Vermieter die Forderung des Aftervermieters pfänden lassen, allein alsdann darf der Aftervermieter auch keine Zahlung mehr annehmen, was ihm doch im Uebrigen freisteht. — Vergl. Weiske, Bd. 7, S. 793, Anm. 292.

[52] Eine unrichtige Begründung giebt dem Satze Westphal, Pfandrecht § 102, S. 156: „Weil der Aftermietsmann den ersten Vermieter als seinen eigenen Gläubiger anzusehen

1. Die nächste und einfachste Erklärung, die man schon bei älteren Pandektisten findet,[53] die aber auch neuerdings Vertreter gefunden hat,[54] beruht auf dem vermeintlichen Rechtssatz, daß sich der Schuldner überhaupt immer durch Leistung an den Gläubiger seines Gläubigers befreie. Wäre diese Ansicht richtig, so würde sich der obige Rechtssatz, weil der erste Vermieter zu dem Aftervermieter und dieser wieder zu dem Aftermieter in einem Gläubigerverhältnisse steht, am einfachsten aus einem allgemein gültigen Satze erklären. Allein die Allgemeingültigkeit dieses Rechtssatzes wird von der herrschenden Lehre nicht angenommen. Namentlich wendet sich Windscheid gegen diese Ansicht, indem er zeigt, daß die Stelle, auf die sich diese Ansicht stützt (l. 6. D. de doli exc. 44. 4), nicht unbedingt in diesem Sinne zu verstehen ist.[55]

2. Man könnte vielleicht annehmen, daß eine stillschweigende Cession der Aftermietzinsforderung von Seiten des Aftervermieters an den ersten Vermieter vorliege.[56] Wenn nun auch diese Cession stillschweigend vorgenommen würde, so müßten doch immerhin Umstände vorhanden sein, aus denen auf eine Cession geschlossen werden könnte. Die einzige, möglicherweise konkludente Thatsache ist nun aber der Abschluß des Aftermietvertrags. Es müßte also die Cession hierin gesucht werden, was aber kaum zulässig sein dürfte. Darum könnte man vielleicht an eine cessio iuris, d. h. an den Fall denken, daß der Gläubiger zur Uebertragung der Forderung kraft gesetzlicher Bestimmung verpflichtet sei. Eine derartige gesetzliche Bestimmung ist jedoch nicht vorhanden: namentlich bedürfte es auch hier einer Uebertragung der Forderung durch den Aftervermieter,[57] für welche, wie gesagt, kein Anhaltspunkt

---

hat, so ist er ipso iure auch gegen seinen Aftervermieter gedeckt, wenn sogar derselbe die Zahlung an den ersten Vermieter verboten haben sollte".

[53] So z. B. Leyser, spec. 528, med. 13.

[54] So Puchta § 288b; Sintenis § 103, Anm. 75; Arndts § 233,d; Seuffert Pand. § 237, a. 6.

[55] Windscheid 2, § 342, Anm. 42. — Vergl. auch Busch, S. 12 bis 20; Cretschmar S. 17.

[56] Vergl. Cretschmar S. 23.

[57] Dies ist allerdings bestritten; vergl. hierzu Windscheid 2, § 330, 3 und Anm. 12.

gegeben ist. In beiden Fällen der Cession aber, sowohl bei der durch den stillschweigend erklärten Privatwillen bewirkten, wie bei der auf besonderer gesetzlicher Bestimmung beruhenden Cession, muß eine Annahme durch den Cessionar erfolgen, wenn die Cession vollkommen wirksam sein soll; worin aber sollte man eine solche Annahme erblicken? Die Unhaltbarkeit der Ansicht, daß eine Cession vorliegt, ergiebt sich aber namentlich daraus, daß der erste Vermieter einen Anspruch gegen den Aftermieter bekäme, der ihm jedoch ohne Weiteres nicht zusteht. Ferner hätte der Aftervermieter keinen Anspruch auf den Aftermietzins und nur der erste Vermieter könnte gegen den Aftermieter auf Zahlung des Zinses klagen; dieser könnte aber auch gegen den Aftervermieter auf Herausgabe des von demselben bereits empfangenen Aftermietzinses klagen. Denn wenn wirklich eine Cession vorliegt, so hat der Aftermieter, indem er an den Aftervermieter gezahlt hat, an den Unrechten gezahlt. Dies sind alles Konsequenzen einer thatsächlich erfolgten Cession, die aber Niemand als Folgen einer bloßen Aftervermietung ansehen wird. Allerdings könnte man, da in der l. 11 § 5 cit. durchaus kein Anhaltspunkt für die Vornahme der den Übergang der Forderung sichernden Denunciation[58] gegeben ist und eine solche daher als nicht geschehen angenommen werden muß, sagen, daß hier jenes „Zwischenstadium eingetreten sei, in welchem der Cedent, obgleich er nicht mehr Gläubiger ist, doch dem Schuldner gegenüber wie ein Gläubiger legitimiert ist",[59] in welchem also der Aftermieter noch an seinen ursprünglichen Gläubiger mit vollem Recht zahlen kann. Doch kann auch dies über die Thatsache, daß die Umstände, aus denen man auf eine Übertragung der Forderung schließen könnte, nicht erkenntlich sind, nicht hinweghelfen. Die Theorie von der Cession wird aber völlig unhaltbar, wenn man den Fall der l. 11 § 5 cit. „si partem tibi partem ei solvero" ins Auge faßt. Von allem Übrigen abgesehen, woraus sollte der Umfang der partiellen Cession gefolgert werden? — Einen Beweis für das

[58] Vergl. über die diesbezügliche Streitfrage Windscheid 2 § 331.
[59] Dernburg 2 § 48.

Gegenteil erbringt auch die weiter oben im Wortlaut angeführte l. 53 D. locati 19,2. Wenn hier wirklich eine Cession des Pachtzinses erfolgt wäre, warum sollte dann mit der Forderung nicht auch deren Accessorium, die Bürgschaft, übergehen? Was sollte schließlich aber eine solche Cession, mag sie nun auf gesetzlicher Bestimmung oder auf stillschweigender Willenseinigung der Vertragsparteien beruhen, bezwecken? Denn die Folge wäre, daß der erste Vermieter einen doppelten Anspruch auf Mietzins bekäme, erstens den aus dem ersten Mietvertrag, und zweitens den Anspruch aus der Cession.

Demnach ist die Ansicht, daß das Recht des Aftermieters an den ersten Vermieter zu zahlen, sich auf eine Cession der Aftermietzinsforderung stütze, zu verwerfen.

3) Eine dritte Ansicht erklärt das fragliche Recht des Aftermieters aus einem subpignus, das der erste Vermieter dem Aftermieter gegenüber habe.[60] Es wird hierauf noch weiter unten zurückgekommen werden. Nur das sei hier schon bemerkt, daß auch diese Theorie versagt, wenn z. B. der erste Vermieter, was er anerkanntermaßen kann, auf sein Pfandrecht verzichtet: alsdann fällt auch der Grund hinweg, warum man dem Aftermieter das Recht, an den ersten Vermieter zahlen zu dürfen, zuspricht, aber gleichwohl wird man um deswillen dem Aftermieter die erwähnte Befugnis noch nicht absprechen dürfen.

4) Auch Windscheid[61] ist der Ansicht, daß „in einem ganz einzelnen Fall der Schuldner auch durch die dem Gläubiger seines Gläubigers gemachte Leistung frei wird, wenn nämlich der Aftermieter den Mietzins, welchen er dem Aftervermieter schuldig ist, dem ersten Vermieter zahlt" und bemerkt hierzu: „Mir scheint die Auffassung der Stelle diese zu sein: Der Aftermieter nimmt dem ersten Mieter gleichsam einen Teil der Miete ab und zahlt daher, indem er an den ersten Vermieter zahlt, an den rechten Mann." Hierin darf man aber keine juristische Konstruktion des erwähnten

[60] Allgemein auf die pfandrechtlichen Befugnisse führt dies Recht auch Westphal § 103, Anm. 123, S. 157 zurück.

[61] Windscheid 2 § 342, Anm. 42.

Rechtssatzes suchen. Daß Windscheid vielmehr keine juristische Definition geben, sondern seine Auffassung vom ökonomischen Standpunkte beleuchten wollte, ergiebt sich aus der unbestimmten Fassung des Satzes: Ausdrücke, wie „nimmt gleichsam ab" und „zahlt an den rechten Mann", sind viel zu unbestimmt, als daß sie zur Erklärung der juristischen Struktur des Rechtssatzes dienen könnten. [62]

5) Wenn wir nun im Vorausgehenden die verschiedenen Ansichten darüber auseinandergesetzt haben, wie sich die fragliche Befugnis des Aftermieters nach allgemeinen juristischen Grundsätzen rechtfertige, so kann es wohl wundern, wenn wir jetzt erst die Frage erörtern, ob überhaupt eine solche Befugnis vorhanden ist. Allein wir glaubten gleichwohl jene Ansichten erwähnen zu müssen, einesteils weil dies ein interessantes Bild von der herrschenden Meinungsverschiedenheit giebt, anderenteils weil nach unserer Ansicht die zur Erörterung stehende Frage anders gestellt werden muß, und infolge dessen ein Eingehen auf die vorstehend wiedergegebenen Ansichten mit Schwierigkeiten verknüpft gewesen wäre.

Man muß nämlich fragen: Hat der Aftermieter das absolute Recht, an den ersten Vermieter zu zahlen oder ist er dabei von der Zustimmung des Aftervermieters abhängig?

Danach scheiden sich die Ansichten wieder in zwei Gruppen. Zu der Gruppe, die das Recht des Aftermieters für ein absolutes hält, gehört vor Allem Windscheid (a. a. O.), während Andere [63] diese Befugnis des Aftermieters von der Einwilligung des Aftervermieters abhängig machen. Diese letztere Ansicht, der wir uns hier anschließen, hält Windscheid zwar für willkürlich, giebt aber keinen Grund hierfür an.

Der erwähnte Rechtssatz wird von Allen, die ihn vertreten, auf l. 11 § 5 cit. gestützt. Sehen wir nun, ob in derselben der Satz

---

[62] Eine vage Erklärung giebt Averanius, lib. II, c. 12, n. 23, p. 205: „ ..obligatio propria secundi creditoris pendet ab obligatione primi et cum ea coniuncta est atque connexa; adeo ut licet nemo solvens creditori sui creditoris ipso iure liberetur, tamen secundus conductor recte solvat domino aedium, hoc est creditori creditoris.

[63] So namentlich Busch a. a. O. S. 19.

in der Form, in welcher ihn namentlich Windscheid ausspricht, begründet ist. Die erwähnte Gesetzesstelle spricht von den Voraussetzungen der actio pignoraticia. Nachdem im Vorausgehenden im Allgemeinen gesagt worden ist, daß die actio pignoraticia angestellt werden könne, wenn der Pfandgläubiger befriedigt worden sei,[64] werden nun einzelne Fälle aufgezählt. l. 11 § 5 cit. führt nun speciell solche Fälle an, in denen eine Befriedigung des Gläubigers selbst dann anzunehmen ist, wenn die geschuldete Summe nicht dem Gläubiger selbst, sondern einem Dritten gezahlt wird, dem das fragliche Pfandrecht, um dessen Aufhebung es sich handelt, nicht zusteht. In diesem Sinne sagt die Stelle:

„solutam autem pecuniam accipiendum . . . si alii sit soluta voluntate eius (sc. cui res obligata est)."

Hier wird also ausdrücklich gesagt, daß es auf den Willen, auf das Einverständnis des Pfandgläubigers ankomme. Wenn der Jurist nun weiter fährt:

„vel ei, cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito",

so will er damit keine Beispiele für den Fall, daß voluntate creditoris gezahlt werden muß, anführen, wie man wohl aus der Verbindung der einzelnen Fälle unter einander mit vel – vel schließen könnte. Man könnte wohl die Fälle, in denen dem procurator oder dem servus pecuniis exigendis praepositus gezahlt wird, als solche Beispiele auffassen, denn in dem generellen Auftrage, die Geschäfte eines Dritten zu führen oder die ausstehenden Gelder einzutreiben, liegt im allgemeinen auch die für den besonderen Fall nötige und mit den Worten „voluntate eius, cui res obligata est" geforderte Zustimmung des Gläubigers. Allein dieses Merkmal fehlt bei dem Falle, wenn an Jemand gezahlt worden ist, dessen Erbe der Pfandgläubiger wurde. Vielmehr bilden diese mit vel—vel verbundenen Fälle eine Gruppe für sich, bei welcher der Gesichtspunkt maßgebend ist, daß die an den Dritten gemachte Leistung direkt oder doch wenigstens nachträglich in das Vermögen

[64] l. 9 § 3 D. eodem.

des Gläubigers gelangt. Wenn nun Ulpian ein weiteres Beispiel[65] mit den Worten:

„unde si domum conduxeris etc."

anführt, so kann sich dies Beispiel einzig und allein an das „si alii sit soluta voluntate creditoris" anschließen. Wollte man nun annehmen, daß der Aftermieter auch ohne Einwilligung, ja selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Aftervermieters an den ersten Vermieter zahlen darf, so wäre dieser neu angeführte Fall nichts weniger als ein Beispiel. Über diese Thatsache kann uns auch die Äußerung des als Autorität citierten Julian („solvi ei posse") in ihrer fragmentarischen Kürze nicht hinwegsetzen. Dies ist der einzige Punkt der ganzen Stelle, der das behauptete absolute Recht des Aftermieters begründen könnte. Aber auch dieser Satz beweist nichts, wenn man bedenkt, daß diese Sentenz Julians hier angezogen ist lediglich zum Autoritätsbeweise des von Ulpian hier aufgestellten Satzes, daß man mit Willen des Gläubigers auch an einen Dritten zahlen könne. Gilt aber der Satz Julians in der Allgemeinheit, in der er citiert ist, dann würde er wohl beweisen, daß der Aftermieter an den ersten Vermieter zahlen kann, aber das, was er eigentlich beweisen soll und um deswillen dies Beispiel angeführt ist, daß es nämlich auf den Willen des Gläubigers ankomme, würde durch ihn nicht bewiesen werden.

Da somit ein Anhaltspunkt für den behaupteten Rechtssatz, daß eine Einwilligung des Aftervermieters zur Zahlung des Aftermietzinses an den ersten Vermieter nicht nötig sei, nicht gegeben ist und die Vertreter der fraglichen Ansicht sich auf keine anderen Gesetzesstellen berufen, eine solche aber auch nicht leicht aufgefunden werden dürfte, ist entgegen der von Windscheid vertretenen Ansicht auf Grund der l. 11 § 5 cit. zu behaupten, daß der Aftermieter nur im Einverständnisse mit dem Aftervermieter an den ersten

[65] Daß wir es mit einem Beispiel und nicht mit einem anderweitigen selbständigen Fall zu thun haben, darauf deutet zur Genüge das den Satz einleitende „unde" an.

Vermieter zahlen darf.[66] Dem gegenüber ist nun zu sagen, daß auf Grund entgegengesetzter Auslegung der l. 11 § 5 cit. die herrschende Lehre[67] annimmt, daß das fragliche Recht des Aftervermieters durchaus nicht in der erwähnten Weise beschränkt sei.

Während dies also bestritten ist, ist man sich jedoch, mag man nun das vorerwähnte Recht für beschränkt oder unbeschränkt halten, darüber einig, daß der Aftermieter mit befreiender Wirkung für sich nur dann zahlt, wenn und insoweit der Aftervermieter selbst noch dem ersten Vermieter seinen Mietzins schuldet.[68] Dabei braucht der Aftermieter niemals mehr zu bezahlen, als der versprochene Aftermietzins beträgt, und nicht soviel, als der erste Mieter schuldet, wie man sich wohl für den Fall denken könnte, daß der Aftermietzins niedriger ist, als der erste Mietzins.[69] Auch

---

[66] Auch Sohm, S. 73 und 97 vertritt dieselbe Ansicht. — Eine besondere Frage ist die, ob die Zahlung an den ersten Vermieter direkt schuldtilgend wirkt oder ob aus der Zahlung nur eine exceptio entsteht, mit der der Zahlung verlangende Aftervermieter zurückgewiesen wird. Diese Frage gehört nicht hierher; denn es ist dies keine Frage, die speciell die Aftermiete berührt, sondern sie gehört in das Kapitel von der Schuldtilgung. Nur kurz sei hier erwähnt, daß Vangerow 3, § 582. Anm. 1 und ebenso auch Weiske, Bd. 7, S. 793, Anm. 293, die l. 11 § 5 cit. aus einer negotiorum gestio und demgemäß durch eine dem Schuldner entstandene Gegenforderung erklärt; vergl. dagegen Windscheid 2, § 342, Anm. 12; siehe auch Cretschmar S. 25, 4, dem jedoch nicht in allen Punkten zuzustimmen ist. Maßgebend für die ganze Frage ist, ob man „solutam pecuniam accipiendum" oder „solutam pecuniam accipiendum" betonen muß. Vergl. Sohm, S. 113, Anm. 1. Aus der Praxis Seuffert, Arch. VII. 15; hiernach schließt nur ausdrückliches Verbot des Aftervermieters die Befugnis des Aftermieters an den ersten Vermieter zu zahlen aus. — Man beachte auch l. 12. C. de sol. et lib. 8. 43.

[67] So jedenfalls Windscheid a. a. O., welcher die Beschränkung, daß nur mit Einwilligung des Aftervermieters gezahlt werden dürfe, für willkürlich hält und damit die Leistung von dem Willen des Gläubigers unabhängig macht; ferner Meißner, § 61, S. 160. Auch Dernburg scheint dieser Ansicht zu sein; denn wenn das richtig ist, was er Pf. R., Bd. 1, S. 308 sagt, daß die Zahlung an den Sublokator die Mobilien des Aftermieters noch nicht von dem weiter unten zu behandelnden Pfandrechte des ersten Vermieters befreit, so lange dessen Forderung an den ersten Mieter noch besteht, so muß man dem Aftermieter, dem ja keine Mittel zu Gebot stehen, die Zahlung des Aftervermieters an den ersten Mieter zu betreiben, das fragliche Recht unumschränkt zugestehen. Vergl. jedoch unten S. 60 f., 67, 91 f.

[68] Glück 18, S. 56.

[69] Eck a. a. O. sagt, „daß der Aftermieter durch Zahlung an den ersten Vermieter zu dem Betrage, welchen dieser von dem Aftervermieter zu fordern hatte, sich selbst befreit".

kann der Aftermieter laut ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (l. 11 § 5 cit.) seiner Verpflichtung dadurch nachkommen, daß er einen Teil des Aftermietzinses an den Aftervermieter und den anderen an den ersten Vermieter zahlt. Maßgebend ist hierbei offenbar der Gesichtspunkt, daß es hier, wo zwei zum Empfang der Leistung Berechtigte vorhanden sind, nicht darauf ankommt, daß einer von den Beiden das Geschuldete empfangen hat, sondern darauf, daß der Schuldner seiner Verbindlichkeit überhaupt nachgekommen ist. Doch ist hierzu noch Folgendes zu bemerken.

Nach allgemeinen Bestimmungen des römischen Rechts muß der Gläubiger die Leistung, auch wenn sie von einem Anderen, als dem Schuldner angeboten wird, dafern überhaupt die Qualität der Leistung nicht durch die Person des Schuldners bedingt ist, annehmen.[70] Andererseits braucht der Gläubiger auch keine Teilzahlungen anzunehmen, wenn anders dieselben nicht verabredet wurden.[71] Bezahlt also der Aftermieter seinen Mietzins, der niedriger ist als der vom ersten Mieter geschuldete, an den ersten Vermieter, so besteht keine Verpflichtung des Letzteren, die im Übrigen richtig angebotene Zahlung anzunehmen, weil er hierdurch keine vollkommene Befriedigung *seiner* Forderung, welche hier allein in Betracht kommt, erhält. Aus demselben Grunde braucht er auch keine Teilzahlung des Aftermietzinses — wenn nicht dieser

---

Dies ist etwas unklar ausgedrückt oder doch wenigstens unvollständig und könnte zu Mißverständnissen Anlaß geben. Wenn Miet- und Aftermietzins gleichviel betragen, dann verhält es sich so, wie Eck sagt. Ist der Aftermietzins größer und bezahlt ihn der Aftermieter gleichwohl in seinem Gesamtbetrag an den ersten Vermieter, so wird er dem Aftervermieter gegenüber nur auf den Betrag befreit, den dieser seinem Vermieter schuldete; was er mehr bezahlt hat, kann er wohl von dem Zahlungsempfänger zurückverlangen, aber hinsichtlich des Zuvielbezahlten bleibt seine Verpflichtung gegenüber dem Aftervermieter bestehen. Beträgt der Aftermietzins weniger — diesen Fall läßt Eck offenbar unberücksichtigt — dann befreit sich der Aftermieter durch Zahlung des Aftermietzinses an den ersten Vermieter vollständig, trotzdem der erste Vermieter einen größeren Anspruch aus dem ersten Mietvertrag hat. Der Eck'sche Satz gilt also nur dann allgemein, wenn der Aftermietzins nicht niedriger ist, als der erste Mietzins.

[70] l. 72 § 2 D. de sol. et lib. 46. 3. Vergl. Windscheid 2 § 342,4.

[71] l. 41 § 1 D. de usur. 22. 1. Vergl. Windscheid 2 § 342,2; Dernburg 2 § 55,1.

Teil dem Betrage des ersten Mietzinses gleichkommt – anzunehmen; dies auch dann nicht, wenn bereits ein Teil des Aftermietzinses an den Aftervermieter gezahlt ist und dieser angebotene Teil den Restbetrag der ganzen ehemaligen Schuld des Aftermieters ausmacht. Wohl aber muß umgekehrt der Aftervermieter, bezüglich dessen im übrigen ja auch das oben über die Zulässigkeit von Teilzahlungen Gesagte gilt, eine Teilzahlung des Aftermietzinses annehmen, wenn bereits vorher eine Teilzahlung von dem ersten Vermieter angenommen wurde, und durch diese dem Aftervermieter angebotene Leistung die ganze frühere Schuld des Aftermieters gedeckt wird. Während also in diesen Fällen eine Zahlung an den Aftervermieter dem ersten Vermieter gegenüber belanglos ist, gilt eine teilweise Zahlung an den ersten Vermieter als eine teilweise Tilgung der Schuld des Aftermieters und teilweise Befriedigung des Aftervermieters. Wenn daher der Aftervermieter eine Teilzahlung an den erster Vermieter gestattet hat, so verhält es sich damit ebenso, als ob er selbst eine Teilzahlung, wozu er ja eigentlich nicht verpflichtet wäre, angenommen hätte: er gilt also als teilweise befriedigt und muß daher den Restbetrag annehmen.

Hat der Aftermieter an den ersten Vermieter gezahlt in der irrtümlichen Meinung, hierzu verpflichtet zu sein, so tritt eine Tilgung der Schuld nicht ein;[72] denn daß er ein Recht hatte, in dieser Weise seiner Verpflichtung nachzukommen und daß die Ausübung dieses Rechts eine schuldtilgende Wirkung haben konnte, kommt dem Umstande gegenüber, daß er die erwähnte Zahlung für seine Pflicht hielt und daß eine solche Pflicht thatsächlich nicht bestand, nicht in Betracht. Er kann also das irrtümlich Geleistete zurückfordern und zwar mit der condictio indebiti, weil eben auf seiner Seite ein Zahlungsrecht, keine Zahlungspflicht vorliegt.

Hat der erste Vermieter nach Abschluß des Mietvertrags seinem Mieter den Mietzins erlassen,[73] so fragt es sich, ob der

[72] Vergl. Dernburg, 2 § 55, Anm. 9.

[73] Das kann der Vermieter thun, ohne dadurch dem Geschäft den Charakter eines Mietkontrakts, der bekanntlich einen Mietzins

Aftermieter zur Zeit der Zahlung des Aftermietzinses an den ersten Lokator etwas von dem Erlasse gewußt hat oder nicht; im letzteren Falle hat die Zahlung gleichwohl befreiende Wirkung für ihn, im ersteren Falle handelt er offenbar gegen die bona fides und bleibt seinem Kontrahenten nach wie vor verpflichtet.

Die Folgen einer solchen Zahlung sind nun, wie l. 11 § 5 cit. weiter auseinandersetzt, die, daß der Aftermieter seine verpfändeten Objekte von dem Aftervermieter, wenn dieser dieselben zurückhalten will, mit der actio pignoraticia zurückverlangen kann. Eine weitere Folge dieser Zahlung wird weiter unten ihre Erledigung finden: sie hängt aufs innigste zusammen mit der Frage, die wir hieran anschließend zu behandeln haben.

B. Der erste Vermieter hat dem Aftermieter gegenüber gewisse pfandrechtliche Befugnisse.

Dieser zweite Rechtssatz, den wir hier absichtlich in etwas unbestimmte Form kleiden, enthält eine bei weitem größere Abnormität, als der soeben behandelte und drückt dem Institut der Aftermiete einen durchweg charakteristischen Stempel auf. Das Singuläre liegt aber namentlich darin, daß dieses Pfandrecht ohne eine ihm zu Grunde liegende Forderung besteht; denn ein obligatorisches Verhältnis ist zwischen dem ersten Vermieter und dem Aftermieter nicht vorhanden.

Somit erscheint ein Pfandrecht eigentlich überflüssig, da ja keine Forderung vorhanden ist, zu deren Sicherung und eventuellen Befriedigung dasselbe dienen soll. Doch hiervon weiter unten.

I. Bei der Darstellung dieses Pfandrechts muß zunächst ein Zweifaches unterschieden werden. Wie bei der einfachen locatio conductio der locator eines praedium urbanum ein stillschweigendes Pfandrecht an den Inwekten und Illaten des Mieters hat, so hat

---

begrifflich vorauszusetzen, zu nehmen; denn auch der Mietkontrakt wird nach der Zeit seiner Entstehung beurteilt („uniuscuiusque contractus initium spectandum, l. 8 § 1 D. mandati 17. 1). Auch in diesem Falle bleibt der zweite Mietvertrag immerhin ein Aftermietvertrag.

er auch ein Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Aftermieters, und wie der locator eines praedium rusticum ein stillschweigendes Pfandrecht an den vom Pächter percipierten Früchten hat, so hat er auch ein solches an den vom Afterpächter percipierten Früchten.

Maßgebend ist also der Unterschied zwischen praedia urbana und rustica. Worin liegen nun die Merkmale der Unterscheidung?

Noch einmal begegnen wir in der Terminologie der Quellen dieser Trennung und zwar bei den Servituten; doch decken sich diese beiden Unterscheidungen nicht, wenn auch auf beiden Seiten die Bezeichnungen für die Gegensätze dieselben sind. Bei der Einteilung der Servituten in servitutes praediorum urbanorum und praediorum rusticorum kommt es nicht absolut auf die Art des betreffenden Grundstücks an, vielmehr ist hier ausschlaggebend, ob die betreffende Servitut *in der Regel* praediis urbanis oder rusticis zusteht, wobei aber als Feldgrundstücke nicht blos landwirtschaftliche Grundstücke, sondern auch unbebaute Plätze, z. B. Abladestätten, Trockenplätze u. s. w. angesehen werden und es weiterhin nicht ausgeschlossen ist, daß eine Gebäudeservitut im Einzelfalle einem Feldgrundstück zusteht und alsdann nach dem Prinzip, daß für die Einteilung der Servituten die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks maßgebend ist, eine sich *im allgemeinen* als servitus praedii urbani charakterisierende Grunddienstbarkeit im *Einzelfall* als servitus praedii rustici zu betrachten ist.[74]

Andere Gesichtspunkte machen sich bei der hier zu beobachtenden Einteilung geltend. Es werden hier Gebäude aller Art ohne Rücksicht auf ihre Bestimmung und Lage zu den praedia urbana gerechnet, aber auch freie unbebaute Plätze, die bei der Einteilung der Servituten im Allgemeinen zu den praediis rusticis gerechnet werden. Maßgebend für den Begriff eines praedium rusticum ist vielmehr, ob auf dem Grundstück natürliche Früchte gezogen werden, sodaß deren Perception als haupt-

[74] Vergl. Dernburg 1, § 239; Windscheid 1, § 210; Westphal Pfandrecht § 102.

sächlichster Zweck der Pachtung erscheint, oder ob dies nicht der Fall ist. Im ersten Fall haben wir es mit einem praedium rusticum, im zweiten mit einem praedium urbanum zu thun.[75] Es ist dabei jedoch immer auf die vermietete Hauptsache zu sehen, sodaß, wenn z. B. mit einem großen Landgut auch ein Wohnhaus gepachtet wurde und es feststeht, daß der Vertrag nur um des Gutes willen und nicht wegen des Wohnhauses abgeschlossen wurde, der Vertrag sich als locatio conductio praedii rustici kennzeichnet.[76] Daß diese Unterscheidung auch gilt, wenn eine Sublokation stattfindet, bedarf wohl kaum besonderer Erwähnung.

1. Das stillschweigende Pfandrecht des ersten Vermieters an den Inventen und Illaten des Aftermieters.[77]

Höhe der Haftung. Der erste Vermieter, einerlei, ob er Eigentümer des praedium urbanum ist oder nicht, hat dieses Pfandrecht bis zu dem Betrage des Mietzinses, den der Aftervermieter von seinem Mieter zu fordern hat, jedoch nicht über den Betrag hinaus, den der erste Mieter seinem Vermieter noch schuldet. Das Ergebnis hieraus ist, daß der Aftermieter mit seinen Illaten, abgesehen von dem Falle, daß die beiden geschuldeten Mietzinse gleichviel betragen, stets nur bis zu dem Betrage der geringeren der beiden thatsächlich noch geschuldeten Summen haftet und zwar deswegen, weil der Aftermieter, wenn der Aftermietzins oder der noch ausstehende Rest desselben weniger beträgt, als der vom ersten Vermieter zu fordernde Betrag des ersten Mietzinses, nicht auf mehr haften kann, als wozu ihn der Aftermietvertrag verpflichtet, und weil im umgekehrten Fall der

---

[75] Westphal, Pf. R. § 102; Meißner § 60, S. 142 ff; Glück 18, S. 410 ff; Dernburg, Pf. R. 1, S. 297 f. — praedia urbana sind also „alle Grundstücke, bei deren Miete nicht die Fruchtziehung der Zweck ist"; Vangerow, Buch 3, § 376, S. 819; Seuffert Pand. § 201, l. — l. 4, § 1 D. in quib. caus. 20, 2.

[76] Meißner, § 60, S. 148; Glück 18, S. 413; Vangerow a. a. O., l. 198 D. de verb. sign. 50, 16.

[77] Vergl. Lauterbach tit. in quib. caus. § 23; Anderson S. 22; Westphal, Pf. R. § 103, S. 156; Vangerow a. a. O. S. 851; Dernburg Pf. R. 1, S. 305 ff.

erste Vermieter nur so viel verlangen kann, als ihm auf Grund des ersten Mietvertrags zusteht. Dieses Pfandrecht stützt sich auf die oben citierte und gerade in dieser Hinsicht viel besprochene und bestrittene l. 11 § 5 cit. Ob und wie man dieses Pfandrecht auf die genannte Stelle stützen kann, ebenso warum dasselbe auf den erwähnten Betrag beschränkt ist, wollen wir weiter unten erörtern, wo wir auf das Wesen dieses Pfandrechts näher eingehen werden.

Für welche Forderungen? Wie aber das stillschweigende Pfandrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters nicht nur zur Sicherung der Mietzinsforderung, sondern aller Forderungen dient, die der Vermieter mit der actio locati geltend machen kann, so also namentlich von Forderungen wegen Verschlechterung der Mietsache,[78] so muß man, auch wenn dies in den Quellen nirgends ausdrücklich erwähnt ist, annehmen, daß analog das Pfandrecht des ersten Vermieters auch wegen derartiger Forderungen die Inwekten des Aftermieters ergreift, sofern nur diese Forderungen von dem ersten Vermieter gegen den Mieter und von diesem gegen den Aftermieter geltend gemacht werden können. Wenn sich z. B. der Aftermieter seinem Vermieter gegenüber verpflichtet, auch den Schaden zu ersetzen, der durch ordnungsmäßigen Gebrauch der Sache entsteht (was er ja ohne besondere Abrede nicht zu thun braucht), so hat, wenn sich der Aftervermieter seinem Vermieter gegenüber nicht in gleicher Weise verpflichtet hat, nur der Aftervermieter, nicht aber auch der erste Vermieter für eine derartige Forderung ein Pfandrecht. — Ferner haften die Inwekten auch für Forderungen aus dem Mietvertrag, die schon vor der Illation fällig waren.

Gegenstand dieses Pfandrechts sind alle Inwekten und Illaten des Aftermieters, die auch Gegenstand des stillschweigenden Pfandrechts des Aftervermieters sind; für die letzteren gilt namentlich l. 7 § 1. D. in quib. caus. 20,2: „videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint; quod magis est.“[79] Ferner müssen die Sachen

[78] l. 2. D. in quib. caus. 20. 2.

[79] Westphal, Pf. R. § 102, Anm. 122: „Nur diejenigen Gerätschaften gehören unter das stillschweigende Pfandrecht, welche zum

wirklich inferiert sein; auf das bloße Versprechen inferieren zu wollen, kann sich das Pfandrecht nicht gründen. [80]

Beginn. Das Pfandrecht des Aftervermieters beginnt nicht schon mit dem Abschluß des Aftermietvertrags, ebenso wenig mit dem Tage des Beginnes der Miete, sondern erst mit dem Augenblick der Illation. Darum sprechen die Quellen auch niemals von einem Pfandrecht an den invehenda, inferenda, inducenda, sondern von einem Pfandrecht an den invecta, illata, inducta. [81] Ebenso entsteht auch das Pfandrecht des ersten Vermieters an den Invekten und Illaten des Aftermieters erst mit dem Augenblick der Illation. Dieser Zeitpunkt ist also für die Entstehung der Pfandrechte der beiden Vermieter maßgebend.

Endigung. Das Pfandrecht des ersten Vermieters an den Illaten des Aftermieters kann selbstverständlich durch Willenseinigung der beiden in Frage kommenden Teile beseitigt werden. Ein auf Beseitigung des stillschweigenden Pfandrechts des After-

---

Tableiben in die Miete gebracht worden sind, denn sonst ist es kein Hausrat des Mietmannes." — Meißner, § 63 S. 152 f. giebt eine Ausführung darüber, ob die inferierten Sachen dem Mieter resp. Aftermieter gehören müssen oder ob es zur Entstehung des Pfandrechts an einer inferierten fremden Sache schon genügt, wenn ihre Illation mit Willen und Wissen des Eigentümers vorgenommen wurde. Vergl. daselbst S. 154 bezüglich der Mobilien der Ehefrau, die nicht Mitkontrahentin bei dem Mietvertrag ist (auf diese könne sich, da der Mann seiner Frau freie Wohnung verschaffen muß (arg. l. 6. D. de alim. 34,1) gemäß l. 5 pr. D. in quib. caus. 20. 2 das fragliche Pfandrecht nicht erstrecken). — Vergl. ferner Glück, Bd. 18, S. 418; Dernburg, Pf.-R. 1 S. 301 ff. — doch läßt sich der Satz der l. 7 § 1 cit. nicht strikt durchführen. So namentlich bei Magazinen, Scheuern, Lagerplätzen. Hier ist fast immer die Absicht, daß die Illaten daselbst dauernd bleiben sollen, nicht vorhanden. Doch entsteht an den daselbst eingebrachten Mobilien das gesetzliche Vermieterpfandrecht gleichwohl, wenn hier die bloß vorübergehende Aufbewahrung der Sache der Zweck des Mietvertrags ist. Vergl. Meißner § 63,3.

[80] l. 11 § 2. D. qui. potior. in pign. 20. 4. — Meißner § 63, 2; Westphal, Pf.-R. § 102 S. 154 f.

[81] Vangerow, Buch 3 § 376, Anm. 1, 1a; Dernburg Pf.-R. 1, S. 304 bei Anm. 38; Westphal Pf.-R. § 102, Anm. 122. — Auch ein ausdrücklich verabredetes Pfandrecht würde erst mit dem Moment der Illation seinen Anfang nehmen; l. 11 § 2 D. cit. — Ob erst mit dem Moment der Präklusion? Perez, l. 8 tit. 15, n. 15.

vermieters gerichteter Vertrag der Parteien des Aftermietvertrags [82] befreit selbstverständlich noch nicht die Illaten des Aftermieters vom Pfandrechte des ersten Lokators; denn: inter alios acta aliis non nocent. Wohl aber muß der Aftermieter durch Zahlung des geschuldeten Mietzinses seine Illaten aus dem Pfandnexus befreien können und damit muß, wie das Pfandrecht des Aftervermieters, so auch das Pfandrecht des ersten Vermieters sein Ende nehmen. Da der Aftermieter nun einerseits nur zu einer Zahlung verpflichtet ist, andererseits aber zwei Pfandrechte an seinen Illaten bestehen, die zur Sicherung und eventuellen Befriedigung dieser einen Forderung dienen, so folgt hieraus, daß, wenn diese eine Forderung befriedigt ist, beide Pfandrechte untergehen müssen. Da also nur Tilgung der aftermieterischen Schuld verlangt wird und dies nach Maßgabe des oben unter A. Gesagten sowohl durch Zahlung an den Aftervermieter, als auch durch Zahlung an den ersten Vermieter geschehen kann, ergiebt es sich, daß der Aftermieter seine Illaten von beiden Pfandrechten durch ordnungsmäßige Zahlung an einen der beiden Vermieter, [83] an welchen, muß einerlei sein, befreit. Dies ist jedoch nicht unbestritten. Dernburg [84] vertritt eine entgegengesetzte Meinung, indem er sagt: „Zahlt der Aftermieter an den Hausherrn, [85] so wird er sich regelmäßig von beiden Pfandrechten liberieren: die Zahlung an den Sublokator hingegen befreit seine Mobilien noch nicht von der Hypothek des Hausherrn, so lange dessen Forderung an den ersten Mieter besteht. Der Aftermieter wird daher erst dann an seinen Vermieter zahlen können, wenn dieser

---

[82] Als eine solche Willenserklärung ist noch nicht der bloße Erlaß des Mietzinses anzusehen; denn hinsichtlich der Deteriorationen bleibt das Pfandrecht bestehen.

[83] Selbstverständlich auch durch Zahlung in der Weise, wie sie l. 11 § 5 D. cit. anführt: „si partem tibi, partem ei solvero."

[84] Dernburg Pf.-R. 1. S. 308.

[85] Diese Bezeichnung wird zwar immer von den Quellen gebraucht, sie ist aber bei Verallgemeinerung der betr. Rechtssätze ungenau. Der erste Vermieter kann z. B. Kommodatar sein; dann ist der Hausherr aber weder zum Empfang der Zahlung berechtigt, noch steht ihm ein gesetzliches Pfandrecht an den Inwelten und Illaten zu. — Dernburg meint allerdings mit der Bezeichnung Hausherr den ersten Vermieter.

etwa durch Vorlage von Quittungen nachweist, daß der Hausherr befriedigt ist.“ Woraus könnte man eine derartige Erkundigungspflicht konstruieren? Diese Ansicht verhilft nahezu zu der Auffassung, als ob der erste Vermieter der Gläubiger des Aftermieters wäre und der Aftervermieter nur so nebenher das Recht hätte, den Aftermietzins in Empfang zu nehmen. Es muß auch hier hervorgehoben werden, daß nur ein Recht, keine Pflicht des Aftermieters zur Zahlung an den ersten Vermieter besteht: „nam Julianus scribit, solvi ei posse!“ Ein derartiger Rechtssatz würde eine so singuläre Bestimmung enthalten, daß man doch zum mindesten Quellenbelege dafür verlangen muß; solche giebt Dernburg jedoch ebenso wenig an, als er die sonstigen Gründe erwähnt, die ihn zu dieser Ansicht führen. Auf l. 11 § 5. cit. kann diese Annahme nicht gestützt werden. Wenn eine derartige gesetzliche Bestimmung aber thatsächlich bestünde, so würde sie eine juristisch gänzlich ungerechtfertigte Sicherung des ersten Vermieters enthalten und zwar wäre sie deswegen ungerechtfertigt, weil sie auf Kosten des Aftermieters geht. Denn die Illaten des Aftermieters unterstehen, wenn der Aftervermieter mit dem gezahlten Aftermietzins das Weite gesucht hat, alsdann immer noch dem Pfandrecht des ersten Vermieters und der Aftermieter wird noch ein zweites Mal zahlen dürfen. Das hieße aber einen Dritten dafür verantwortlich machen, daß man selbst in der Wahl seiner Vertragspartei nicht die genügende Sorgfalt hat obwalten lassen. Wollte ferner der Aftervermieter den Zahlung verweigernden Aftermieter auf Entrichtung des Mietzinses klagen, so könnte diesen der Richter niemals mit gutem Gewissen zur Zahlung des Aftermietzinses, trotzdem dem Subkonduktor diese Pflicht vertragsmäßig obliegt, verurteilen, ohne zuvor Nachweis der Zahlung des ersten Mietzinses oder Sicherstellung hierfür zu verlangen; dies dürfte aber bedeutende Bedenken haben. Weiterhin käme man zu dem Ergebnis, daß hier die gewöhnliche Art, sich von einer Schuld zu befreien, nämlich Zahlung an den Gläubiger, für den Schuldner die gefährliche wäre, während die außerordentliche — als solche muß sowohl vom Standpunkt der

Theorie, wie vom Standpunkt der Praxis aus die Zahlung an den ersten Vermieter angesehen werden — allein die Folgen einer Zahlung hätte. Die Dernburg'sche Ansicht ist daher u. E. unbedingt fallen zu lassen, zumal sie allein dasteht. Vielmehr nimmt die herrschende Lehre[86] an, daß, wenn der Aftermieter dem Aftervermieter nichts mehr schuldet, auf seinen Sachen auch kein Pfandrecht mehr haftet, wenngleich der Aftervermieter noch den Mietzins schuldig wäre.

Veräußerung der Mobilien beendigt das Pfandrecht an denselben noch nicht,[87] und der Pfandgläubiger hat gegen den Dritten die actio hypothecaria auf Herausgabe.

Dieses Pfandrecht hat der erste Vermieter aber nur dem Aftermieter gegenüber. Es steht ihm also dann nicht zu, wenn der Mieter die Wohnung zu unentgeltlichem Gebrauche einem Dritten überlassen hat, ebensowenig wie in diesem Falle dem Mieter ein stillschweigendes Pfandrecht an den von dem Dritten eingebrachten Sachen zusteht.[88] Dies besagt folgende Gesetzesstelle:

> l. 5 pr. D. in quib. caus. 20 2. — Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. „Pomponius libro tertio decimo variarum lectionum scribit, si habitationem conductor mihi praestiterit, gratuitam invecta a me domino insulae pignori non esse."

---

[86] Glück, 18, S. 428. — Gmelin § 120, S. 518. — Sohm S. 100.

[87] Vergl. z. B. Perez, lib. 8, tit. 15, n. 14; Leyser, spec. 226 § 2. Dies ist zwar bestritten, namentlich und auch selbstverständlich von der Lehre, die dem Vermieter nur ein qualifiziertes Retentionsrecht zuspricht. — Bezüglich der übrigen Endigungsgründe (z. B. Konfusion, Untergang des Objekts) vergl. die Pandektenlehrbücher.

[88] Nimmt man dagegen an, daß ein gesetzliches Pfandrecht an den Illaten auch bei unentgeltlicher Ueberlassung wegen der Deteriorationen eintrete (vergl. hierüber, sowie über die Vertreter dieser Ansicht, Dernburg Pf.-R. 1. S. 300, Anm. 25), so liegt kein Grund vor, ein Pfandrecht in dieser Hinsicht nur dem Mieter, sondern auch dem Vermieter zuzusprechen, obwohl man alsdann der l. 5. pr. D. 20,2 einigen Zwang anthun müßte.

2. Das stillschweigende Pfandrecht des Verpächters eines fruchttragenden Grundstücks an den vom Afterpächter percipierten Früchten.[89]

Anders gestaltet sich das Pfandrecht des ersten Lokators, wenn ein fruchttragendes Grundstück Gegenstand der Sublokation ist. Hierbei zeigt sich auch, daß die Scheidung in praedium urbanum und rusticum nicht nur bezüglich des Pfandobjekts von Wichtigkeit ist, sondern auch ganz besonders in Rücksicht der Höhe der Haftung des Afterpächters.

Höhe der Haftung. Während nämlich die Inwekten und Illaten des Aftermieters, wie wir bereits oben zeigten, für den ersten Mietzins niemals über die Höhe des noch geschuldeten Aftermietzinses hinaus haften, werden die vom Afterpächter percipierten Früchte vom Pfandrechte des ersten Verpächters ohne Rücksicht auf Höhe und Bestehen der Afterpachtzinsforderung ergriffen: sie haften also für den geschuldeten ersten Pachtzins auch dann, wenn der Afterpächter einen geringeren Pachtzins versprochen hat, als der erste Pächter,[90] aber auch dann, wenn der Afterpächter nichts mehr schuldet.

Es verhält sich also genau so, als ob die Früchte nicht vom Afterpächter, sondern vom ersten Pächter gezogen würden. Aus demselben Grunde haften sie, wenn der Afterpachtzins höher ist, als der im ersten Pachtvertrag versprochene Zins, nicht für das im Afterpachtvertrag zugesagte Mehr, wohl aber für alle Forderungen, die der erste Verpächter mit der actio locati geltend machen kann,[91] ohne Rücksicht darauf, ob dieselben auch

---

[89] Westphal, Pf.-R. § 103; Glück 18, S. 55, 441; Vangerow a. a. O., Dernburg Pf.-R. 1. S. 311.

[90] Glück a. a. O.; Meißner 1, § 69. Vergl. auch Voet, B. 20, tit. 2. § 7, wo eine Ansicht erwähnt wird, nach der die Höhe der Haftung bei diesem Pfandrechte genau in derselben Weise beschränkt sein soll, wie bei der Aftervermietung eines städtischen Grundstücks.

[91] Allerdings sagen dies die Gesetze nicht ausdrücklich. Analoge Ausdehnung der betr. Sätze der Aftermiete ist jedoch hier erlaubt. Meißner § 70, S. 171; Westphal Pf.-R. § 102, S. 152; Glück B. 18, S. 443; doch ist auch dies nicht unbestritten; Vertreter dieser entgegengesetzten Ansicht s. bei Glück a. a. O.

von dem Afterverpächter geltend gemacht werden können. Dies alles besagt:

> l. 24 § 1 D. locati 19,2. — Paulus libro XXXIV ad Edictum. „Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur; sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset."

ferner auch der Schluß der bereis oben angeführten l. 53 D. locati 19,2:

> „fructus in eadem causa pignoris manent."

Gegenstand. Gegenstand dieses Pfandrechts sind nur die percipierten Früchte. Die stehenden Früchte können dies nicht sein, weil sie als partes fundi im Eigentum des dominus praedii stehen. Andererseits sind es aber auch nur die natürlichen Früchte, die „fructus, qui in fundo nascuntur",[92] die in den Pfandnexus fallen; civile Früchte, Kunstprodukte u. s. w. gehören nicht hierher. Ebenso fällt nicht unter das Pfandrecht das durch den Fruchtverkauf erlöste Geld oder die für dieses Geld angeschafften Gegenstände.[93] Durch Veräußerung der Früchte geht das Pfandrecht nicht unter, sofern nur dieselben in der Hand des Dritten keine wesentliche Veränderung (z. B. durch Specifikation) erlitten haben.[94] An den Invekten und Illaten des Afterpächters hat der erste Verpächter ebensowenig ein stillschweigendes Pfandrecht, als an den eingebrachten Sachen des ersten Pächters.[95] Auch erhält er selbstverständlich ein Pfandrecht an den Sachen des Afterpächters nicht schon da-

---

[92] l. 7 pr. D. in quib. caus. 20,2.

[93] arg. l. 3. C. in quib. caus. 8,15. — Meißner § 71, S. 171 f.; Voet, tit. locati § 2. — Anderer Meinung: Lauterbach a. a. O. § 124: „Illud nihil refert fructus sive sint naturales sive industriales."

[94] Glück 18, S. 448 und daselbst Citierte.

[95] Dies sagt ausdrücklich l. 24 § 1 D. locati 19,2. Die Lehre, welche auch dem Verpächter ein stillschweigendes Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Pächters giebt, stützt sich auf l. 5. C. de locato 4,65. Hierin handelt es sich aber ohne Zweifel um ein ausdrückliches Pfandrecht. Vergl. hierzu Voet, ad. Dig. lib. 20,2, § 2; Lauterbach, eod. tit. § 104; Meißner § 72, S. 173. (Daselbst verschiedene Erklärungen des l. 5. C. cit.) Ueber die neuere Auslegung dieser Stelle, welche unter den domini nicht die Eigentümer des Grundstücks versteht, sondern der inferierten Sachen, vergl. Dernburg Pf. R. 1, S. 313, Anm. 17 und Citierte; Vangerow Buch 3, § 372, Anm. 1.

durch, daß der Afterpächter dieselben dem Afterverpächter ausdrücklich verpfändet.[96]

Beginn. Hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem dieses Pfandrecht seinen Anfang nimmt, ist man sich namentlich mit Rücksicht auf die ältere Pandektenlitteratur nicht einig. Diejenige Lehre, die den Beginn des Pfandrechts in den Moment der Perception der Früchte durch den Afterpächter verlegt, darf man wohl als die herrschende bezeichnen.[97] Anders nehmen ältere Juristen die Zeit des Vertragsschlusses als maßgebend an.[98]

Man muß aber u. E. die Antwort auf diese Frage dahin zusammenfassen, daß die Zeit der Begründung des Pfandrechts mit dem Vertragsschlusse zwischen dem ersten Verpächter und dessen Pächter zusammenfällt, daß die Geltendmachung desselben jedoch erst mit dem Augenblick der Perception der Früchte ermöglicht wird. Der Pächter verpfändet die Früchte unter der Voraussetzung, daß dieselben überhaupt entstehen und von ihm geerntet werden. Es liegt also eine Verpfändung einer zukünftigen Sache vor. Nur wenn man dies festhält und zugleich den Umstand genügend würdigt, daß dieses Pfandrecht, das dem Afterpächter gegenüber geltend gemacht wird, kein anderes ist, als dasjenige, welches dem ersten Verpächter zusteht, wenn der erste Pächter die Früchte percipieren würde, nur dann erklären sich die Besonderheiten dieses Pfandrechts. So allein wird es klar, daß die Früchte, auch wenn sie vom Afterpächter gezogen werden, für den ganzen ersten Pachtzins haften müssen und zwar auch dann, wenn der Afterpächter nichts mehr schuldig ist. Man hat es aber mit einer res futura zu thun, weil die fructus stantes nach partes fundi sind und noch nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein können. Selbständige Sachen werden die Früchte aber erst mit der Separation. Da nun aber der Pächter Eigentümer der

---

[96] Vergl. Cocceji, Bd. 1, S. 922. qu. 7.

[97] Meißner § 73; Glück 18, S. 447; Vangerow, Buch 3, § 376, Anm. 1,1 b.; Dernburg, Pf.-R. 1, § 37, S. 309.

[98] Voet, ad. Dig. 20,2 § 2; Berger, lib. 2, tit. 5, th. 6, n. 1: „in fructibus praedii rustici praedicta hypotheca initium sumit a die contractus.

Früchte erst durch die Perception wird und der dominus fundi bis zu der Perception auch an den bereits separierten Früchten Eigentum behält, kann dem Pächter gegenüber das an den Früchten bestellte Pfandrecht von dem Eigentümer erst dann geltend gemacht werden, wenn dieser aufhört Eigentümer zu sein, weil ein Pfandrecht an eigener Sache unmöglich ist. Diese Wirkung tritt aber mit der Perception ein. Gegen die Annahme der Verpfändung einer res futura wendet sich Meißner § 76 S. 186, indem er sich auf l. 11 § 3 D. qui pot. in pign. 20,4 und l. 15 pr. D. de pign. 20,1 stützt, welche beide besagten, daß die Früchte vor ihrer Separation nur von demjenigen verpfändet werden können, der Eigentum oder Nießbrauch an der fruchtbringenden Sache hat. Nun ist es ja allerdings richtig, daß die beiden genannten Gesetze das Recht, künftige Früchte zu verpfänden, vom Eigentum oder Nießbrauch an der fruchttragenden Sache abhängig machen. Wie verhält sich demgegenüber aber die Thatsache, daß eine Verpfändung der zukünftigen Früchte nicht nur erlaubt, sondern kraft einer gesetzlichen Präsumtion ein derartiger Verpfändungsvertrag einem jedem Pachtkontrakt als stillschweigend hinzugefügt angenommen wird? l. 61 § 8 D. de furtis 47,2 sagt: „Locavi tibi fundum, et, ut adsolet, convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent.“ Hier wird die Verpfändung der Früchte nicht nur als erlaubt, sondern auch als gebräuchlich hingestellt. Wie die beiden oben citierten Stellen hiermit zu vereinigen sind, wollen wir hier nicht entscheiden; jedenfalls aber berechtigt l. 61 § 8 D. cit. zu der Annahme, daß auch der Pächter die zukünftigen Früchte verpfänden kann und fällt somit der Einwand Meißners weg. Der Grund, der uns veranlaßte, die Möglichkeit der Geltendmachung dieses Pfandrechts erst auf den Zeitpunkt der Perception der Früchte zu verlegen, fällt jedoch hinweg, wenn der Verpächter nicht Eigentümer der fruchttragenden Sache ist; in diesem Falle genügt schon bloße Separation der Früchte.

Untergang. Daß das Pfandrecht bei fruchttragenden Grundstücken seiner inneren Natur nach unendlich verschieden ist von demjenigen, welches bei städtischen Grundstücken dem ersten

Lokator gegenüber dem Subkonduktor zusteht, ergiebt sich aus dem eben Gesagten. Es kann daher nicht Wunder nehmen, daß sich diese Verschiedenheit auch bei der Endigung dieses Pfandrechts zeigt. Indem wir bezüglich der allgemeinen Endigungsgründe auf das oben unter 1. Gesagte verweisen, fassen wir hier nur den Fall der Zahlung der Schuldsumme ins Auge. In Kürze sei darauf hingewiesen, daß analoge Anwendung der l. 11 § 5 cit. insoweit zulässig ist, als auch bei der Pacht der Afterpächter in gleicher Weise den Afterpachtzins an den Afterverpächter, wie an den ersten Verpächter zahlen kann. Doch befreit der Afterpächter die von ihm percipierten Früchte nur unter besonderen Umständen von den auf ihnen ruhenden Pfandrechten. Vor allem bleibt das Pfandrecht des ersten Verpächters so lange auf ihnen ruhen, als dieser noch eine Forderung aus dem ersten Pachtvertrag hat. Jedenfalls geht daher auch dieses Pfandrecht, wie das des ersten Vermieters dadurch unter, daß der erste Konduktor seiner Zahlungsverpflichtung nachkommt. Anders aber befreit der Afterpächter durch Zahlung des Afterpachtzinses an den ersten Verpächter die Früchte nur dann von dem fraglichen Pfandrecht, wenn der erste Verpächter durch diese Zahlung volle Befriedigung erlangt. Will daher der Afterpächter die Früchte von dem Pfandrechte frei machen, so muß er unter Umständen mehr bezahlen, als der Afterpachtzins beträgt. Bezahlt er hingegen an den Afterverpächter, so befreit er wohl die Früchte von dem Pfandrechte des Afterverpächters, aber noch nicht von demjenigen des ersten Verpächters. Hier trifft also dasjenige zu, was Dernburg, wie oben angeführt, u. E. irrtümlich bei der Aftermiete eines städtischen Grundstücks behauptet, was er aber auch, und dies mit Recht, bezüglich der Afterpacht eines fruchttragenden Grundstücks aufrecht hält, indem er sagt:[99] „daß eine Zahlung des Pachtzinses an den Afterverpächter nicht rätlich sei, ehe dieser den ersten Verpächter befriedigt habe." Hier ist dies eine reine Folgerung aus der besonderen Natur dieses Pfandrechts und entspricht dem Satze, daß das Pfandrecht des ersten Ver-

[99] Dernburg, Pf. R., 1 S. 311.

pächters an den von dem Afterpächter gewonnenen Früchten, anders wie das Pfandrecht des ersten Vermieters an den Invekten und Illaten des Aftermieters unabhängig von dem Betrag und Bestand der Afterpachtzinsforderung zur Sicherung und eventuellen Befriedigung der aus dem ersten Pachtvertrag entspringenden Forderungen bestehen bleibt. Diesem Satz entspricht auch, daß, wenn das Pachtgut in mehreren Parzellen afterverpachtet wurde, die Früchte jeder einzelnen Parzelle für den gesamten ersten Pachtzins in Anspruch genommen werden können.[100]

Ueberläßt der Pächter einem Dritten das Pachtgut zum Gebrauch und zur Fruchtziehung unentgeltlich, so bleibt auch auf den von dem Dritten gezogenen Früchten das Pfandrecht des Verpächters haften. Analoge Auslegung der l. 5. pr. D. in quib. caus. 20,2 ist hier unzulässig und würde in ihrem Ergebnis dem ganzen Wesen dieses Pfandrechts widersprechen.

3. Fälle, in denen der erste Lokator ein stillschweigendes Pfandrecht gegenüber dem Subkonduktor **nicht** hat.

Es sei in Kürze daran erinnert, daß für die Frage, ob man es mit einem praedium urbanum oder rusticum zu thun hat, maßgebend der Charakter der vermieteten Hauptsache ist. Wenn nun der Pächter eines Landgutes ein in dem Pachtkontrakt mit inbegriffenes Gebäude ganz oder teilweise vermietet, oder wenn der Mieter eines Hauses einen mit dem Hause zusammen gemieteten anstoßenden Garten verpachtet, steht dann dem jeweiligen ersten Lokator ein stillschweigendes Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Subkonduktors, resp. an den von dem Subkonduktor gewonnenen Früchten zu? Quellenstellen zur Beantwortung dieser Frage sind nicht vorhanden; man muß daher die Lösung in der juristischen Konstruktion der beiden Pfandrechte suchen. Dabei kommt man nun in beiden Fällen zu dem Schlusse, daß ein derartiges Pfandrecht dem ersten Lokator nicht zusteht.

Die beiden Fälle sind Fälle partieller Sublokation und aus

[100] Dernburg, Pf. R. a. a. O.

der Menge derselben deswegen hervorzuheben, weil bei ihnen eine Verschiebung in den pfandrechtlichen Befugnissen eintritt; in dem einen Falle erhält der Pächter das stillschweigende Pfandrecht des Vermieters, in dem anderen Falle steht dem Mieter das stillschweigende Pfandrecht des Verpächters zu. Nun hat aber, wie wir oben gesehen haben, der erste Lokator ein Pfandrecht an den vom Subkonduktor gezogenen Früchten, weil er dieses Pfandrecht haben würde, wenn der erste Konduktor die Früchte percipiert hätte. Weil aber — so muß man schließen — in dem vorliegenden Falle der Vermieter eines Hauses an den in dem anstoßenden Garten vom ersten Mieter gezogenen Früchten ein Pfandrecht nicht hat, weil das vermietete Grundstück seinem Charakter nach ein praedium urbanum ist, darum kann er dieses Pfandrecht auch dann nicht haben, wenn die Früchte von einem Pächter percipiert werden, der ja eigentlich nichts anderes ist, als ein Stellvertreter in der Fruchtziehung. In dem anderen Falle muß man dem Verpächter das Pfandrecht an den von einem Mieter eingebrachten Mobilien deswegen absprechen, weil der Verpächter nur Sicherstellung wegen seines Pachtzinses beanspruchen kann und ihm hierfür sein Pfandrecht an den Früchten zusteht. Die Gefahr, die den ersten Vermieter eines Gebäudes bei einer totalen Afterverpachtung eventuell dadurch treffen kann, daß sein Mieter in die Mietwohnung nicht einzieht und so keine dem Pfandrecht unterworfenen Gegenstände einbringt, vielmehr die Wohnung einem Dritten weitervermietet — dieser Gefahr soll eben das Pfandrecht an den Invekten des Dritten vorbeugen — tritt in unserem Falle gar nicht ein. Denn durch die Vermietung des auf dem Pachtgute befindlichen Hauses wird die Lage des Verpächters in Rücksicht auf sein Pfandrecht nicht verschlechtert; für ihn ist es einerlei, ob der Pächter in das Haus einzieht oder nicht, er hat ja doch kein Pfandrecht an den eingebrachten Mobilien; daher muß es für ihn hinsichtlich seiner pfandrechtlichen Befugnisse ohne Belang sein, daß statt des Pächters ein Mieter in das fragliche Haus einzieht.

Während also die oben unter 1 und 2 erwähnten Pfandrechte dem ersten Lokator im Allgemeinen zustehen, ohne Rücksicht darauf,

ob die Sublokation eine totale oder partielle ist, kommt man hierbei zu dem überraschenden Resultate, daß in den beiden angeführten Fällen eine partielle Sublokation vorliegt, auf die die Regel, daß der erste Lokator dem Subkonduktor gegenüber ein stillschweigendes Pfandrecht hat, nicht zutrifft.

II. Wie erklärt sich nun dieses Pfandrecht? Man hat schon beim ersten Betrachten das Gefühl, daß man es mit etwas Singulärem zu thun hat und dieses Gefühl illustriert sich am besten in den verschiedenen Anschauungen, die hierüber in der einschlägigen Litteratur vertreten sind.

Das Pfandrecht des ersten Verpächters eines fruchttragenden Grundstücks an den von dem Afterpächter gewonnenen Früchten ist jedoch hierbei auszuschalten. Dasselbe bietet an und für sich nichts Merkwürdiges. Der Afterpächter erwirbt die Früchte unter denselben Bedingungen, wie sie der erste Pächter gewinnen würde, wenn er das Gut nicht weiter verpachtet und die Früchte selbst gezogen haben würde. Namentlich ist das selbstverständlich, daß die pfandrechtliche Stellung des ersten Verpächters durch eine Afterverpachtung nicht verschlechtert, überhaupt nicht verändert werden kann. Hierbei ist stets eadem res vorhanden, und das Pfandrecht des ersten Verpächters bleibt in Ansehung des Objektes stets dasselbe.[101]

Anders aber verhält es sich mit dem Pfandrecht des ersten Vermieters eines praedium urbanum an den eingebrachten Mobilien des Aftermieters. Wie eine analoge Ausdehnung der Sätze von der Afterpacht auf die Aftermiete unzulässig ist, weil das jeweilige Pfandrecht auf ganz anderen Grundlagen beruht und ganz andere Rechtssätze zur Folge hat, so ist auch eine analoge Erklärung dieses Pfandrechts von vornherein zurückzuweisen. Hier ist namentlich der bedeutende Unterschied vorhanden, daß dieses Pfandrecht ganz andere Gegenstände zum Objekt hat, als auf Grund des ersten Mietvertrags dem stillschweigenden Pfandrecht des ersten Vermieters unterworfen sind. Hier fragt man sich mit vollem Recht:

[101] Huß, S. 425 a. E.

Wie kommt es, daß der erste Vermieter ein Pfandrecht an den Mobilien eines Mieters hat, mit dem er in gar keinem Kontraktverhältnis steht?, wie kann für ihn der Abschluß eines Aftermietvertrags, dem er vollständig unbeteiligt gegenübersteht, einen solchen Nutzen haben?, und wenn er nun doch einmal das genannte Pfandrecht haben soll, welche Forderung soll damit gesichert, welcher Anspruch damit befriedigt werden? Das sind alles Fragen, die sich einem sofort aufdrängen, die sich jedoch nicht sogleich beantworten lassen.

Zunächst möchten wir untersuchen, ob denn ein solches Pfandrecht überhaupt in den Quellen begründet ist. Jedenfalls können wir aber schon hier erwähnen, daß die herrschende Lehre nicht minder als auch die Praxis ein solches annehmen. Daraus rechtfertigt sich auch, daß wir oben eine Darstellung dieses Pfandrechts gaben, während der Umstand, daß wir die Darstellung des fraglichen Pfandrechts der Erörterung der Frage, ob dieses Pfandrecht überhaupt angenommen werden darf, vorausschickten, lediglich darin begründet ist, daß eine Erörterung der letzteren ohne die erstere nicht leicht möglich gewesen wäre.

Somit kämen wir zu der Frage, die auch in der jüngeren gemeinrechtlichen Litteratur noch aufgeworfen wird: Ist das stillschweigende Pfandrecht des ersten Vermieters an den Illaten und Inwekten des Aftermieters in den Quellen begründet oder nicht?

1. Die Zahl derjenigen Schriftsteller, die diese Frage verneinen, ist verhältnismäßig klein.[102] Sie gehen meist von allgemeinen Gesichtspunkten aus und kommen zu ihrem Schlusse, daß der erste Vermieter das besagte Pfandrecht nicht habe, sehr häufig, ohne die l. 11 § 5 cit., auf die doch dieses Pfandrecht gestützt wird, zu beachten. So namentlich Walch a. a. O. Dieser Schriftsteller begründet seinen Satz: „si conductor sublocationem iniit, ea, quae a subconductore in aedes sunt illata atque invecta, tacite primo locatori haud sunt oppignorata“ auf folgende Weise. Weil, sagt Walch, der erste Vermieter an dem Abschluß des Aftermietvertrags nicht beteiligt ist, ist ihm der Aftermieter auch in keiner Weise obligiert, daher kann von einem Pfandrecht zwischen den Beiden nicht die

[102] Vergl. Walch, sect. II. cap. 5, § 14, S. 430; Gmelin S. 251; Perez, lib. 8, tit. 15, n. 3.

Rede sein. Ferner sage l. 24 § 1 D. locati 19,2 ausdrücklich, daß nicht die Inwekten, sondern nur die Früchte, die der Subkonduktor zieht, Gegenstand des Pfandrechts des ersten Lokators seien; es sei nun zwar das Pfandrecht an den Früchten wohl begründet, „ea autem ratio deficit in rebus aliis conductoris, quas intulit in aedes.“ [103] Schließlich benützt Walch auch die l. 53 D. locati 19,2 zum Beweise. Alle diese Gründe sind schwach und beweisen eigentlich nichts. Der erste von Walch angeführte Grund kann uns nur klar machen, daß das fragliche Pfandrecht nicht auf dem Aftermietvertrag und nicht auf einem zwischen dem ersten Vermieter und dem Aftermieter geschlossenen Vertrag beruht; daß aber dem ersten Vermieter dieses Pfandrecht auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung zustehen kann, darüber hilft er mit seiner Argumentation nicht hinaus. Was den zweiten Grund betrifft, so sagt dieser nur, daß die analoge Anwendung der Sätze vom Pfandrecht bei einem fruchttragenden Grundstücke hier nicht zulässig ist und verweist darauf, eine *andere* ratio für das Pfandrecht an den Illaten zu suchen. Der dritte Grund schließlich, der in l. 53 D. cit. gefunden wird, ist überhaupt kein Grund, weil die genannte Stelle nur sagt, daß derjenige, der sich bei einer Afterverpachtung dem Afterverpächter verbürgt hat, dem ersten Verpächter nicht haften soll; von einem Pfandrecht ist hierbei, wo es sich um ein rein obligatorisches Verhältnis und nicht um ein dingliches Recht handelt, gar nicht die Rede.

Richtiger, in der Ausführung besser und im Ergebnis glücklicher wendet sich daher ein anderer Vertreter der verneinenden Ansicht, Huß a. a. O., direkt gegen die l. 11 § 5 D. cit., [104] indem er sagt, daß es sich in dieser Stelle gar nicht um ein Pfandrecht des ersten Vermieters handle, sondern um das des Aftervermieters an den eingebrachten Sachen des Aftermieters. [104a] Insbesondere handle es sich um die Aufhebung dieses Pfandrechts und darum, unter welchen Bedingungen der Subkonduktor wider

[103] Walch a. a. O. findet; „duo eaque gravia documenta“ für seine Behauptung darin, daß die lex cit.: „non solum negat res posterioris conductoris domino obligari, ubi colonus fundum locaverit, set etiam addit, fructus solum in causa pignoris manere.“

[104] Vergl. auch Trotsche § 6. — Perez a. a. O.

[104a] Gegen diese Ansicht Vangerow, a. a. O. § 376, Anm. 1,1a.

den Sublokator die actio pignoraticia auf Herausgabe der Invekten anstellen könne. Nachdem nämlich in den vorausgehenden Gesetzesstellen als Voraussetzung der Klage die Zahlung der Schuldsumme bezeichnet worden sei, werde nunmehr die Frage erörtert, unter welchen Umständen die actio pignoraticia Platz greife, wenn die Zahlung an einen anderen, als an den, dem die Sache verpfändet ist, geleistet wird und als Beispiel hierfür werde der Fall einer Aftervermietung angeführt. So sage denn die genannte Stelle, daß der Subkonduktor die Klage anstellen könne, wenn er seine Schuld bezahlt habe, weil damit das Pfandrecht des Aftervermieters aufhöre, daß der Schuldner aber genau mit demselben Erfolg auch an den ersten Vermieter zahlen könne und daß er alsdann, um sich die Anstellung der actio pignoraticia gegen den Aftervermieter zu ermöglichen, nicht mehr zu zahlen brauche, als den Aftermietzins. Es werde der erste Vermieter also nur insofern erwähnt, als Zahlung an ihn geleistet werden könne, von einem Pfandrecht aber könne bei ihm, der ja bei der actio pignoraticia des Aftermieters gar nicht mitfiguriere, keine Rede sein. Auch die übrigen Sätze obiger Stelle ständen mit dieser Auffassung im Einklang. Da bei der Klage nur von zwei Personen die Rede sein könne, nämlich von der des Schuldners, der gezahlt hat und klagt und von der des Gläubigers, der befriedigt worden ist, der die Sachen aber nicht herausgeben will und deswegen belangt wird, beziehe sich der Satz:

> „Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi"

nur auf das Verhältnis des Subkonduktor zum Sublokator und bei dem „tenebuntur" sei nicht „locatori tuo", sondern „tibi" zu ergänzen, weil davon die Rede sei, „wann ich, als subconductor, adversus te, als sublocator, die actio pignoraticia anstellen kann". Da nun aber eine ausdrückliche Verabredung dahin, daß der Aftermieter für den ganzen ersten Mietzins haften solle, möglich sei, werde besonders hinzugefügt, daß eine solche Abrede nicht zu vermuten, sondern besonders zu beweisen sei.[105]

[105] Vergl. hierzu Cocceji, Bd. 2, S. 32, welcher zu dem „non enim credibile est hoc convenisse etc." bemerkt: „id est, lex non praesumit voluntatem inferentis hanc fuisse."

2. In der Reihe derjenigen Schriftsteller, die in unserer l. 11 § 5 D. cit. das erwähnte Pfandrecht begründet finden, ist vor allem Glück [106] zu nennen. Nach dessen Ansicht ist die Hauptfrage, die in dieser Gesetzesstelle erörtert wird, bis zu welchem Betrage die dem Pfandrecht des ersten Vermieters unterliegenden Inwekten und Illaten des Aftermieters wegen des ersten Mietzinses haften. Er nimmt also an, daß der Jurist in unserer Stelle das besagte Pfandrecht als bekannt voraussetze und fährt dann weiter, indem er darauf hinweist, daß es „eine vergebliche Erinnerung des großen Ulpianus“ gewesen wäre, zu sagen, die Inwekten und Illaten des zweiten Mieters hafteten nur bis auf die Summe, für welche er die ihm von dem ersten Mieter wieder abgelassenen Zimmer gemietet hat, wenn es sich hierbei nicht um ein Pfandrecht des ersten Vermieters, sondern um ein Pfandrecht des Aftervermieters handelte; ganz abgeschmackt und lächerlich wäre alsdann der beigefügte Grund, es sei nicht zu vermuten, daß der zweite Mieter seinen Hausrat für die ganze Hausmiete habe verpfänden wollen, wenn hier blos von einem Pfandrechte des ersten Mieters als Aftervermieters die Rede wäre, weil ja dieser vernünftiger Weise nicht mehr von seinem Mieter verlangen könne, als den von ihm versprochenen Mietzins. Zur weiteren Widerlegung der gegnerischen Ansicht bezieht sich Glück sodann auf l. 5 pr. D. in quib. caus. 20,2. Wenn hier die Frage aufgeworfen werde, ob auch die Inwekten desjenigen, dem das unentgeltliche Wohnen in der Mietwohnung gestattet wurde, dem Pfandrechte des Vermieters unterworfen seien, so wäre die ganze Frage absurd, wenn nicht im Falle der Aftervermietung der erste Lokator ein Pfandrecht gegen diesen Dritten hätte; denn wäre das letztere nicht, so verstünde sich das erstere von selbst. Anders, wie Huß, ergänzt also Glück zu dem tenebuntur nicht ein „tibi“, sondern ein „locatori tuo“.

[106] Glück, Bd. 18, S. 128—137. Ferner nehmen das Pfandrecht an: Huber, ad lib. 19, 2, § 20, S. 639; Leeuwen, lib. 4, cap. 9, n. 4; Voet, lib. 20, tit. 2, § 6; Lauterbach, lib. 19, tit. 2, § 23; Cocceji, Bd. 2, S. 31, qu. 17; Noodt, Teil 1, S. 425; ebenso auch Windscheid 1, § 231, Anm. 5. — Aus der Praxis: Seuffert, Arch. N. F. 9, Nr. 81 (Urt. d. O. L. G. Hamburg v. 27. Febr. 1883).

3. Der ganze Streit beruht also nicht nur auf der knappen, verschiedene Ergänzungen zulassenden Ausdrucksweise der Stelle, sondern namentlich in der verschiedenen Auffassung der Stellung der genannten Gesetzesstelle zu der ganzen lex. Betrachtet man die beiden Anschauungen, so kann man sich nicht leicht verhehlen, daß die Auffassung von Huß besser in den Zusammenhang paßt, als die von Glück, während man von der letzteren wieder sagen muß, daß sie zwar die Ausführung der l. 11 § 5 D. cit. als einen Abschweif vom eigentlichen Thema darstellt, daß aber derartige Abschweifungen im Corpus juris allenthalben zu finden sind. Wenn Huß S. 421 sogar noch weitergeht und aus den Worten „solutam pecuniam accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si a l i i (i. e. cui n o n obligata res est) sit soluta“ herausliest, daß damit dem ersten Vermieter ein Pfandrecht direkt abgesprochen sei, so ist dem nicht notwendig beizupflichten. Diese Worte müssen vielmehr so verstanden werden, daß Zahlung auch dann anzunehmen sei, wenn an einen Anderen gezahlt wird, dem das Pfandrecht, um dessen Aufhebung es sich handelt, nicht zusteht. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß dem ersten Vermieter die aftermieterischen Sachen nicht auch obligiert sein können.[107] Die verschiedenartige Auffassung der beiden citierten Schriftsteller findet ihren stärksten Ausdruck bei der Interpretation der letzten Sätze unserer Stelle. Während Glück, wenn die gegnerische Ansicht die richtige wäre, in dem Satze: „plane in eam duntaxat summam etc.“ eine vergebliche Erinnerung Ulpians finden zu müssen glaubt, weil ja der Aftervermieter vernünftiger Weise nicht mehr von seinem Mieter verlangen könne, als den ihm versprochenen ersten Mietzins und alsdann die Begründung dieses Satzes durch den mutmaßlichen Willen der Parteien („non enim credibile est etc.“) für abgeschmackt und lächerlich hält, findet Huß darin etwas ganz Natürliches. Denn Ulpian müsse hier, wo er einen konkreten Fall behandle, auf alle Einwendungen gefaßt sein; so könnte z. B. dem Aftermieter, der nach Zahlung des Aftermietzinses an den ersten

[107] Aehnlich wie Huß spricht sich auch Trotsche, Seite 28, 1a aus.

Lokator seine Illaten von dem Sublokator zurückfordert, von diesem einredeweise entgegengehalten werden, daß noch nicht die universa pensio gezahlt sei und alsdann könne Ulpian auch ohne die Annahme, daß er von einem Pfandrechte des ersten Vermieters spreche, der Vorwurf der Absurdität nicht treffen, weil die fernere Bemerkung: „non enim credibile est etc.“ nicht allein sehr natürlich, sondern selbst notwendig ist. Man könnte in jenem Einwande entweder die Bemerkung enthalten finden, daß der Aftermieter versprochen habe, mit seiner frivola für den ganzen ersten Mietzins haften zu wollen; dann sage das „non credibile est etc.“, daß eine solche Abrede besonders nachgewiesen werden müsse,[108] oder aber es könnte mit jenem Einwand gesagt sein, daß dem ersten Vermieter alle Invekten, also auch die des Aftermieters verpfändet seien und daß hiergegen die Erinnerung des letzten Satzes: „videtur autem etc.“ nötig sei, d. h. es werde jener Einwand aus dem Verhältnisse des Aftervermieters zum ersten Lokator, aus dem Inhalte und Umfange der zwischen diesen beiden bestehenden tacita conventio widerlegt. Glück hinwiederum behauptet, daß der Schlußsatz: „videtur autem etc.“ bedeute, daß, wenngleich zwischen dem zweiten Mietmanne und dem ersten Vermieter kein Kontrakt geschlossen worden sei, doch rechtlich angenommen werde, es sei zwischen ihm und dem Eigentümer des Hauses dadurch, daß er seine Sachen in den Teil des Hauses, den ihm der erste Mieter in Aftermiete gegeben hat, eingebracht habe und der Eigentümer dieses Einbringen ohne Widerspruch habe geschehen lassen, eine stillschweigende Uebereinkunft getroffen worden, daß ihm dessen Invekten und Illaten für den Mietzins, den ihm der erste Mieter schuldig wäre, verpfändet sein sollten.

Man hat also zwei entgegenstehende Ansichten, deren Verschiedenheit auf einer grammatisch zulässigen verschiedenartigen Auffassung der erwähnten Gesetzesstelle beruht und von denen die eine das für selbstverständlich hält, was die andere als absurd verwirft. Bei der Wahl, welcher von beiden Ansichten man sich

[108] Dagegen Dernburg Pf.-R. 1, S. 307.

anzuschließen habe, hat man sich wohl in erster Linie zu fragen, ob man bei der Interpretation der Stelle das Hauptgewicht darauf legen soll, daß dieselbe im Zusammenhang mit den ihr voraufgehenden Gesetzesstellen erklärt wird, oder ob man in der That annehmen darf, daß der Jurist hierbei von seinem eigentlichen Thema abgeschweift ist. Die Entscheidung könnte alsdann nicht schwer fallen: allein zwingend wäre sie nicht, namentlich dann nicht, wenn man l. 5 pr. D. in quib. causis 20,2 zum argumentum a contrario heranzieht. Hierin ist ohne Zweifel ein besonderer Nachdruck auf die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung gelegt und man kann sich dabei dem Gedanken, daß es sich bei unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung anders verhalten müsse, nicht verschließen.[109]

III. Nimmt man nun mit der herrschenden Lehre das Pfandrecht des ersten Vermieters an den Inwekten und Illaten des Aftermieters als quellenmäßig begründet an, so entsteht weiterhin die Frage, mit welcher Art von Pfandrechten wir es hier zu thun haben: im engsten Anschluß hieran ist sodann noch zu erörtern, welches Pfandrecht vorgeht, wenn das gesetzliche Pfandrecht des Aftervermieters und des ersten Vermieters kollidieren.

1. Läge ein stillschweigendes Pfandrecht vor, wie es von den meisten Schriftstellern, die dasselbe behandelt haben, behauptet wird, so müßten doch äußere Umstände vorhanden sein, die den Abschluß des Pfandvertrags, das „videtur convenisse" wahrscheinlich machen. Glück 18, S. 433 findet dieselbe in dem Inferieren und Inferierenlassen. Das sind denn in der That auch die einzigen Umstände, die allenfalls in Betracht gezogen werden können. Darin ist aber unmöglich der Abschluß eines Pfandvertrags zu erblicken, denn es fehlt vor allem an dem animus contrahendi. Das Inferierenlassen einerseits geschieht nicht aus freier Entschließung des ersten Vermieters; denn der erste Mietvertrag verpflichtet ihn, mit dem uti frui auch

[109] Einen Grund für die Annahme des Pfandrechts braucht man in dem, was Cocceji, Bd. 2, S. 31, qu. 17 sagt, nicht zu finden: „accedit, quod fructus a secundo conductore percepti in fundo rustico domino sint obligati, cur non invecta in praedium urbanum? Utrobique enim pignus est ex lege; cur autem lex magis prospiceret, domino fundi eiusque securitati, quam domino aedium, non video" Dies sind nur Gesichtspunkte, die das erwähnte Pfandrecht billig erscheinen lassen, die es aber juristisch nicht begründen.

die Möglichkeit zu sublocieren dem Mieter zu gewähren, er muß die Illation gestatten. Das Inferieren andererseits geschieht nicht, um einen Pfandvertrag einzugehen, sondern aus einem ganz anderen Gesichtspunkte. Der Aftermieter bringt seine Mobilien nicht in der Absicht in die Wohnung, daß der erste Vermieter ein Pfandobjekt bekommen soll, sondern er will die Wohnung häuslich und seinem Bedürfnis entsprechend ausstatten, er inferiert vor allem in der Absicht, die ihm vertragsmäßig zugestandenen Rechte auszuüben. Wenn ihm bei der Illation auch der animus obligandi fehlt, so ist doch zu bemerken, daß die Thatsache, daß seine Mobilien obligiert sind, an diesen Moment anknüpft. Genau so wie bei dem stillschweigenden Pfandrechte des Vermieters gegenüber seinem Mieter. Hier wird wohl Niemand auf den Gedanken kommen, daß dadurch, daß der Mieter seine Mobilien inferiert und der Vermieter diese Illation duldet, zwischen beiden ein stillschweigender Pfandvertrag zustande gekommen sei. Vielmehr liegt auch hierbei der Grund dafür, daß die Mobilien mit der Illation vom Pfandrechte des Vermieters ergriffen werden, nicht in der Thatsache der Illation, sondern weiter zurück in dem Abschluß des Mietvertrags. Wollte man aber auch das Pfandrecht des ersten Vermieters an den Inwekten des Aftermieters auf den Abschluß des Aftermietvertrags zurückführen, so käme man ohne Zweifel in Widerspruch mit dem Satze des römischen Rechts, daß man aus Verträgen Dritter niemals Rechte erwerben kann. Auf jeden Fall muß man aber, will man das fragliche Pfandrecht auf einen Vertrag zurückführen, annehmen, daß der Aftermieter gewußt haben muß, daß ein erster Vermieter vorhanden ist, und man kann das Pfandrecht nur dann annehmen, wenn diese Kenntnis zur Zeit des Abschlusses des Aftermietvertrags vorhanden war, eine Beschränkung, die jedoch nirgends ausgesprochen wird.

Da nun die für das Zustandekommen eines wenn auch stillschweigenden Pfandvertrags notwendige Willenserklärung nicht vorliegt und demnach unmöglich eine Willenseinigung angenommen werden kann, muß man die Erklärung, nach welcher unser Pfandrecht auf einem stillschweigenden Vertrage beruht, fallen lassen.

Diese ganze Erklärung ist ohne Zweifel von dem Bestreben geleitet, dieses Pfandrecht auf dieselbe Weise, wie das stillschweigende

Pfandrecht des Vermieters an den Invekten und Illaten des Mieters zu erklären, d. h. man hält hierbei auch dieses Pfandrecht für ein Konventionalpfandrecht, dessen Abschluß stillschweigend erfolgt, bei dem aber die konkludenten Thatsachen, auf Grund deren eine stillschweigende Vereinbarung als zustande gekommen angenommen wird, durch gesetzliche Vorschrift bestimmt sind. Nun ist es ja allerdings richtig, daß das gewöhnliche Pfandrecht des Vermieters ursprünglich auf einem ausdrücklichen Vertrag der kontrahierenden Parteien beruhte und daß, weil jenes pactum hypothecae ganz allgemein allen Mietvertägen hinzugefügt wurde, schließlich auch da, wo ein ausdrücklicher Vertrag nicht vorhanden war, ein solcher als stillschweigend hinzugefügt betrachtet wurde, weil die Vermutung dafür sprach, daß sich der Einzelne von der allgemeinen Regel nicht entfernen wollte.[110] Aber hierbei liegt doch ein obligatorisches Verhältnis, ein principale vor, an das sich jenes pactum als accessorium anschließt. Fingiert man ein solches pactum hypothecae auch zwischen dem ersten Vermieter und dem Aftermieter, so schwebt dies vollständig frei in der Luft, denn es besteht kein principale, an das es sich anlehnen könnte.

Nimmt man nun aber gleichwohl ein pactum hypothecae in der erwähnten Weise an, so wird man mit Recht fragen: Wofür wird dieses Pfandrecht bestellt? Darauf kann man antworten: Entweder zur Sicherung des Aftermietzinses oder des ersten Mietzinses. Warum soll nun aber der Aftermieter dem ersten Vermieter eine reale Sicherung dafür gewähren, daß er seinen Aftermietzins zahlen wird, wo doch der erste Vermieter gar keinen Anspruch auf denselben hat, und warum soll alsdann der erste Vermieter im Fall der Nichtbezahlung das Recht haben, durch Verkauf der auf diese Weise verpfändeten Mobilien des Aftermieters sich einen Geldbetrag zu verschaffen, auf dessen Zahlung er eigentlich kein Recht hat? Nimmt man dagegen an, daß der Aftermieter das Pfandrecht zur Sicherung des ersten Mietzinses bestellt hat, so ist allerdings richtig, was Glück a. a. O. S. 433 sagt, daß man seine Sachen für eine fremde Schuld verpfänden kann; warum die Mobilien des

[110] Ueber die Entwickelung dieses Pfandrechts vergl. Dernburg, Pf. R. 1, S. 291 ff.

Aftermieters aber nicht für die ganze Schuld, sondern nur bis zu dem Betrage des Aftermietzinses haften sollen, ist nicht erklärlich. Es steht dies in direktem Widerspruch mit dem Prinzip der Unteilbarkeit des Pfandrechts.[111] Nimmt man aber an, daß von vornherein die Verpfändung nur für die Summe, die dem Betrage des Aftermietzinses gleichkommt, stattgefunden hat, so wird man wiederum mit Recht fragen, aus welchen Umständen eine derartige Beschränkung gefolgert werden könnte. Und was ist denn weiterhin eigentlich natürlicher, als daß man, wenn man nun doch einmal ein Pfandrecht für eine fremde Schuld bestellt, die Pfandobjekte auch für die ganze Schuld verpfändet? Warum mit Glück darauf zu antworten wäre, „es sei nicht zu vermuten, daß eine solche Uebereinkunft werde getroffen worden sein, als sollten die Inwekta des zweiten Mietmannes für den ganzen Hausmietzins haften, welchen der erste Abmieter dem Eigentümer des Hauses schuldig wäre", ist nicht zu ersehen. Dies enthält eigentlich nur eine Redensart und läßt die Hauptfrage, *warum* dies nicht zu vermuten sei, offen. Nicht viel mehr sagen auch die weiteren Worte Glück's: „Da der Aftermietmann nur einen Teil des Hauses besitzt und nur einen Teil des Mietzinses bezahlt, wie könnten desselben Illata dennoch dem ersten Vermieter für den ganzen Hausmietzins haften sollen? . . . Daß dieses stillschweigend unter ihnen bedungen worden sei, wer sollte dieses glauben?" Dieser ganze Gedankengang geht von der an und für sich richtigen Ansicht aus, daß der Aftermieter nicht mehr zahlen und auch mit seinen Mobilien auf keine höhere Summe haften solle, als zu der er sich verpflichtet hat. Mit demselben Rechte aber, mit dem man sagt, es ist doch nicht anzunehmen, daß der Aftermieter seine Mobilien für den ganzen ersten Mietzins verpfändet haben sollte, kann man auch sagen, daß gar kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Aftermieter seine Sachen dem ersten Vermieter überhaupt verpfändet. Was sollte denn den Aftermieter zu einer solchen Verpfändung veranlassen? Bei jedem gewöhnlichen Mieter und ebenso auch bei dem Aftermieter mit Bezug auf den Aftervermieter

[111] Huß, S. 418.

ist es klar, warum ein Pfandrecht an den Invekten bestellt wird. So lange dieses Pfandrecht noch ausdrücklich verabredet wurde, lag für den Mieter ein gewisser Zwang vor, seine Sachen dem Vermieter zu verpfänden. Denn dieser verlangte die Verpfändung, und wenn sich der Mieter nicht fügen wollte, so ging der Vermieter überhaupt nicht auf den Mietvertrag ein. Diese Gesichtspunkte sind auch noch für die Zeit aufrecht zu halten, in der dieses Pfandrecht aufhörte, ausdrücklich bestellt zu werden und dem allgemeinen Gebrauch folgend, schließlich als stillschweigend eingeräumt fingiert wurde. Anders verhält es sich zwischen erstem Vermieter und Aftermieter. Nach den Prinzipien des römischen Rechts kann der Vermieter seinen Mieter an einer Aftervermietung nicht hindern, wenn dem der erste Mietvertrag nicht entgegensteht, und der Aftermieter kann, wenn er seine Invekten und Illaten dem Pfandrechte des Aftervermieters unterwirft, ruhig einziehen. Der erste Vermieter kann ihn nicht zwingen, daß er seine Mobilien auch ihm verpfände, und daß dies der Aftermieter freiwillig thun sollte, ist mit Rücksicht auf das doppelte Pfandrecht, das alsdann auf seinen Mobilien lasten würde, nicht anzunehmen. Der Aftermieter hat also gar keinen Grund, seine Sachen dem ersten Vermieter zu verpfänden und das Gesetz hat keinen Grund, eine solche Vereinbarung als stillschweigend geschlossen anzunehmen. Namentlich dürfte aber aus denselben Gründen kaum anzunehmen sein, daß ein derartiges, die Verpfändung des Mobiliars des Aftermieters bezweckendes pactum hypothecae so allgemein üblich gewesen ist, daß man es schließlich als allgemein gebräuchlich bei einer jeden Aftervermietung als abgeschlossen angenommen hätte. Eine „iusta praesumtio", wie Justinian in l. 7 C. in quib. caus. 8,15 das Pfandrecht des Vermieters nennt, wäre dies sicherlich nicht.

Nur einen schwachen Trost giebt das, was Dernburg Pf.-R. 1 S. 305 vorbringt, daß nämlich in dieser Stelle „die Juristen nicht mehr als Interpreten, welche den Parteien ihren Willen abzulauschen suchen, sondern als Gesetzgeber erscheinen, wenn sie dies auch dadurch halb zu verhüllen wissen, daß sie das Pfandrecht des

Hausherrn an den Illaten des Aftermieters auf die Fiktion eines zwischen den beiden geschlossenen Vertrags zurückführen" und daß „die Herbeiziehung des stillschweigenden Vertrags hier nur eine Form bildet, deren die römischen Juristen für ihre legislatorische Neuerung nicht entbehren zu können glaubten und die eine systematische Anknüpfung an das ältere Illatenpfand vermitteln sollte".

Das Absonderliche dieses Pfandrechts tritt aber am meisten zu Tage, wenn man seine Beendigung betrachtet.

Angenommen, daß auf den Invekten und Illaten das Pfandrecht des Aftervermieters und des ersten Vermieters ruht, so ist hierzu zu bemerken, daß ein jedes der beiden Pfandrechte die Invekten des Aftermieters in solidum ergreift. Dies ist sowohl für das Pfandrecht des Sublokators selbstverständlich, weil es ein gewöhnliches Vermieterpfandrecht ist, als auch für das Pfandrecht des ersten Lokators, weil keine Anhaltspunkte gegeben sind, die auf eine Beschränkung dieses Pfandrechtes auf einen Teil der Sachen des Aftermieters schließen ließen. Daß diese Konkurrenz zu Mißständen führen kann, ist klar, zumal man auch annimmt, daß die beiden Pfandrechte gleichalterig sind: denn beide datieren von dem Momente der Illation, der für Aftervermieter wie ersten Vermieter genau derselbe ist. Um diese Mißstände zu beheben, führt Dernburg,[112] der dieselbe Ansicht vertritt, weiter aus, daß man annehmen dürfe, „daß der Aftervermieter von vornherein in den Vorrang der Legalhypothek des Hausherrn für Kollisionsfälle gewilligt habe". Warum? Dernburg giebt uns weder Quellenstellen als Belege, noch Gründe an, die diese Ansicht juristisch rechtfertigen würden. Viel richtiger ist es doch, diesen Fall, da keine besonderen Regeln für ihn aufgestellt sind, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, die für die Kollision gleichstarker und gleichalteriger Pfandrechte gelten. Sind zwei Pfandrechte an einer und derselben Sache zu derselben Zeit bestellt worden, und zwar derart, daß keines vor dem anderen privilegiert

[112] Dernburg, Pf.-R. 1. S. 308.

ist und ein jedes das Pfandobjekt in seiner Gesamtheit ergreift, so geht der Besitzer des Pfandobjektes vor; besitzt aber keiner der beiden Pfandgläubiger, so hat Teilung einzutreten. Das ist Dernburgs eigene, an einem anderen Orte ausgesprochene Ansicht.[113] Nun besitzt aber weder der Aftervermieter noch der erste Vermieter die Illaten des Aftermieters. Es muß daher Teilung eintreten und zwar würde der Teilungsmaßstab nach allgemeinen Grundsätzen in den verschiedenen Mietzinsforderungen zu suchen sein, für die das Pfandrecht bestellt ist.

Das Eigentümliche bei diesen anscheinend selbständigen Pfandrechten ist nun dies, daß beide endigen, sobald der Aftervermieter, sei es nun durch Zahlung an ihn selbst, oder an den ersten Vermieter, befriedigt worden ist, mag der erste Vermieter befriedigt sein oder nicht. Das Pfandrecht des ersten Vermieters erscheint also in einer ganz eigentümlichen Weise mit den Schicksalen des Pfandrechtes des Aftervermieters verknüpft.

2) Diesem zuletzt erwähnten Umstande trägt eine andere Anschauung ganz besonders Rechnung, nämlich diejenige, die das Pfandrecht des ersten Vermieters an den eingebrachten Sachen des Aftermieters für ein Afterpfandrecht hält. Sie wird vertreten von Vangerow und Sohm.[114] Ersterer giebt weiter keine Begründung für diese Annahme, während letzterer sich ausführlich auf diese Frage einläßt. Es ist selbstverständlich, daß diese Frage umsomehr zu einer Streitfrage wird, als man sich über den Begriff des Afterpfandrechts durchaus nicht einig ist. Dabei muß man natürlich bei jedem Schriftsteller, der in unserer l. 11 § 5 cit. ein Afterpfandrecht begründet findet, fragen, welche Ansicht der Betreffende über das Afterpfandrecht im Allgemeinen hat. Wenn also Dernburg einen Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht, daß hier ein Afterpfandrecht nicht vorliege, darin zu finden glaubt, daß der erste Vermieter die persönliche Forderung des Aftervermieters nicht habe, so beweist dies der von Sohm vertretenen

[113] Dernburg, Pand. 1 § 287.

[114] Ebenso von Weiske, Bd. 7, S. 794; Puchta § 201,4; Brückner, S. 79. — Siehe dagegen Dernburg, Pf.-R. 1, S. 308; Trotsche, § 6; Mühlenbruch, S. 321, Anm. 167.

Ansicht gegenüber gar nichts. Denn im Gegensatz zu Dernburg ist für ihn das Afterpfandrecht „ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, nicht an dem dem Afterverpfänder verpfändeten Objekt, nicht an der Forderung, die dem Afterverpfänder ex contractu pignoraticio gegen seinen Schuldner entspringt, nicht zugleich ein Pfandrecht an der Forderung, für die das verpfändete Pfandrecht bestellt war".[115]

Sohm stützt nun seine Ansicht lediglich auf l. 11 § 5. cit. Er führt diese Stelle namentlich dafür an, daß ein Afterpfandrecht nicht nur durch Vertrag oder richterliche Verfügung, sondern auch durch gesetzliche Bestimmung entstehen könne (S. 97). Die l. 11 § 5 cit. besage nun, daß es zur Anstellung der actio pignoraticia genüge, wenn man mit dem Willen des Gläubigers an einen Andern gezahlt habe. Hierfür führe nun der Jurist als Beispiel die Zahlung des Aftermieters an den ersten Vermieter an und bestimme alsdann die Höhe der Summe, die der Aftermieter gezahlt haben muß, um die actio pignoraticia anstellen zu können. In dem Satze: „non enim credibile est etc." wende der Jurist sodann den Satz, demzufolge das gesetzliche Pfandrecht ein pignus tacitum, d. h. ein auf stillschweigender Willenseinigung beruhendes Pfandrecht ist, praktisch an. Mit wem aber der Aftermieter diesen Vertrag abgeschlossen habe, sage deutlich erst der folgende Satz: „videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse." Also nicht blos der Aftervermieter, an den man zunächst denken könnte, sondern auch der Eigentümer des Hauses, also der erste Vermieter, sei Subjekt eines solchen Vertrags mit dem Aftermieter, dessen Inhalt der Jurist eben angegeben habe. Warum zur theoretischen Begründung dieses gesetzlichen Pfandrechts, das Ulpian mit diesen Worten dem dominus an den Invekten und Illaten des Aftermieters zugesprochen habe, von dem Jurist ein zwischen dominus und Aftermieter stillschweigend abgeschlossener Vertrag für nötig gehalten werde, das sei mit den letzten Worten der Stelle ausdrückt, welche den Sinn hätten, „daß der dominus sich nicht auf den von

[115] Sohm, S. 75 und 76. — Von einer Erörterung der Frage, was man unter Afterpfandrecht zu verstehen habe, muß hier natürlich abgesehen werden. Von einem Pfandrecht am Pfandrecht des ersten Mieters spricht auch Seuff. Arch. III, 48.

dem Aftervermieter abgeschlossenen Vertrag, sondern nur auf seinen eigenen zu berufen brauche".

Man sieht, daß sich das von Sohm Vorgebrachte, soweit es die Inhaltsangabe unserer Gesetzesstelle betrifft, nicht wesentlich von dem unterscheidet, was auch die anderen Schriftsteller in derselben lesen. Von einem Afterpfandrecht ist aber bis jetzt auch nach der Sohm'schen Ansicht nicht die Rede gewesen. Vielmehr erscheint ja gerade nach der Anschauung, die dieser Schriftsteller in Übereinstimmung mit allen anderen über das Afterpfandrecht im Allgemeinen hat, ein Afterpfandrecht in unserer Stelle direkt als ausgeschlossen. Denn auch Sohm ist der Ansicht, daß das Afterpfandrecht dadurch zustande komme, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht weiter verpfände, daß es also auf einem Vertrage des Pfandgläubigers und des Afterpfandgläubigers beruhe, während er die Stelle: „videtur autem tacite etc." gerade von einem zwischen Pfandschuldner und Afterpfandgläubiger geschlossenen Vertrage versteht.

Diese Ungereimtheit merkt Sohm sehr wohl und hilft sich auf folgende Weise.[116] Er sagt, man müsse das Hauptgewicht auf die Rechtssätze legen, die die l. 11 § 5 cit. enthalte. Nach diesen erschienen die Inwekten und Illaten des Aftermieters nur einmal verpfändet. Damit dieser mit der actio pignoraticia klagen könne, damit das auf seinem Hausrat lastende Pfandrecht getilgt werde, bedürfe es nur einmaliger Zahlung. Am Schlusse der Stelle gestehe der Jurist neben dem Aftervermieter auch dem dominus ein solches Pfandrecht zu, indem er einen auch mit ihm stillschweigend abgeschlossenen Verpfändungsvertrag unterstelle. Dennoch sei der dominus, wie aus dem Anfang der Stelle hervorgehe, nicht der ipse cui res obligata est, dennoch bliebe der Satz richtig, daß der Aftermieter nur seinem Gläubiger genügt zu haben braucht, um seinen Hausrat von jenem Pfandrechte zu befreien. Das Pfandrecht des dominus erscheine darum in jeder Hinsicht von dem Pfandrecht des Aftervermieters abhängig, es bestehe nur solange, als dieses besteht, die Voraussetzungen für den Untergang dieses seien zugleich die für die Vernichtung jenes Rechtes: es könne nach diesen Bestimmungen das Pfandrecht des

[116] Sohm, S. 100 ff.

dominus nur ein Afterpfandrecht sein. Doch schiene mit jenen Rechtssätzen, die zu diesem Schlusse führten, die eigene theoretische Begründung Ulpians im Widerspruch zu stehen. Ulpian wolle das gesetzliche Pfandrecht des dominus auf einen stillschweigenden Vertrag zwischen diesem und dem Aftermieter zurückführen. Auf jeden Fall sei soviel gewiß, daß im Falle des Widerspruchs diese theoretische Begründung mit ihren Konsequenzen den eben entwickelten Rechtssätzen nachstehen müsse. Doch sei auch diese theoretische Begründung, wenngleich nicht unmittelbar schlagend, so doch nicht geradezu unrichtig. Das Afterpfandrecht ergreife nämlich mittelbar das Objekt des verpfändeten Pfandrechts. Der Afterpfandgläubiger trete der natürlichen Anschauung nach dem Objekt des ersten Pfandrechts geradeso gegenüber, wie wenn ihm dieses selbst verpfändet wäre; er verkaufe die Sache, er klage mit der actio hypothecaria unmittelbar auf Besitz der Sache. Dieser natürlichen Anschauung entspreche es auch, wenn die Römer nicht von einer Verpfändung des Pfandrechts, sondern von einer Weiterverpfändung des verpfändeten Objekts sprächen. Dieselben Rechte habe nun auch der dominus, aber nur, wie die oben angegebenen Rechtssätze bewiesen, infolge eines Afterpfandrechts. Doch halte es der Jurist für nötig, die dem dominus zustehenden Rechte auf eine zwischen ihm und dem Aftermieter vor sich gegangene Willenseinigung zu gründen, „damit diese ihm dem Aftermieter gegenüber zustehenden Rechte auch in einem von dem dominus selbst mit diesem geschlossenen Vertrage ihre Basis fänden".

Diese ganze Erklärung ist u. E. unbefriedigend. Wie unzutreffend wäre, wenn das Pfandrecht des ersten Vermieters thatsächlich ein Afterpfandrecht wäre, die mit den Worten „videtur autem tacite etc." gegebene Erklärung Ulpians. Wenn nun einmal das gesetzliche Pfandrecht, und hier auch das gesetzliche Afterpfandrecht, durch einen fingierten stillschweigenden Vertrag erklärt werden soll, so müssen doch wenigstens die allgemeinen Punkte bei beiden vorhanden sein, damit das „videtur" einigermaßen berechtigt erscheint. Wenn aber ein Afterpfandrecht, das auf ein zwischen dem ersten Pfandgläubiger als Afterverpfänder und dem Afterpfandgläubiger bestehendes Rechtsverhältnis hindeutet,

durch einen stillschweigenden Vertrag, den man als zwischen dem Aftermieter und dem ersten Vermieter, d. h. zwischen dem ersten Verpfänder und dem Afterpfandgläubiger bestehend fingiert, erklärt wird, so widerspricht diese Erklärung dem ureigensten Wesen des Afterpfandrechts und kann auf das Prädikat „videtur" keinen Anspruch machen. Dies fällt umsomehr ins Gewicht, als die viel näher liegende Erklärung durch einen stillschweigenden Vertrag zwischen Aftervermieter und erstem Vermieter natürlicher und sachgemäßer gewesen wäre.[117]

Wenn nun die an der Hand der Quellenstelle gegebene Erklärung wenig befriedigt, so muß man doch sagen, daß bei Annahme eines Afterpfandrechts die Besonderheiten, die aus l. 11 § 5 cit. entspringen, am besten ihre Erklärung finden. Indem wir hier die Sohm'sche Anschauung betreffs der Natur des Afterpfandrechts maßgebend sein lassen, müssen wir zunächst auf zwei Sätze hinweisen, die sich bei näherer Betrachtung als selbstverständlich ergeben. Es ist dies erstens der Satz, daß mit dem Untergang des dem Afterverpfänder zustehenden Pfandrechts auch das Afterpfandrecht untergehen muß, weil sein Objekt das erste Pfandrecht ist und es mit Wegfall dieses gegenstandslos wird, und zweitens der Satz, daß der Afterpfandgläubiger bei Geltendmachung seines Pfandrechts die Grenzen des dem Afterverpfänder zustehenden Pfandrechts nicht überschreiten darf.[118] Durch den ersten Satz erklärt sich die Erscheinung, daß das Pfandrecht des ersten Vermieters untergeht, sobald mit der Befriedigung des Aftervermieters auch dessen Pfandrecht vernichtet wird; durch den zweiten Satz wird es klar, daß der Aftermieter, wenn er an den ersten Vermieter zahlt, nur so viel zu zahlen braucht, als er schuldet. Auch bei teilweiser Zahlung an den einen der beiden Vermieter lassen sich diese Sätze erproben.

Doch gelangt man bei der Sohm'schen Ansicht zu weiteren Konsequenzen, die weniger befriedigen, als die soeben gezogenen.

---

[117] In diesem Sinne erklärt denn auch Schmid, die Grundlehren der Cession nach römischem Recht, Braunschweig 1863, Bd. 1, S. 140 ff., den Schluß unserer Stelle, indem er das Afterpfandrecht des ersten Vermieters auf die propria pactio domini, die dieser mit dem Aftervermieter eingegangen hat, basiert.

[118] Sohm, S. 64.

Sohm kommt nämlich zu dem Resultat, daß eine Ausübung seines Pfandrechts dem Aftervermieter unbedingt versagt werden müsse, sodaß ein Verkauf der Pfandobjekte völlig wirkungslos wäre, und das Pfandrecht des Afterverpfänders und mit diesem auch das Afterpfandrecht weiter bestehen bleiben würde; wohl aber könne der Afterverpfänder auf sein Pfandrecht verzichten, also sowohl dieses, als auch mit diesem zusammen das Afterpfandrecht vernichten. Sohm hält hierbei den Verzicht des Afterverpfänders nicht für eine Ausübung eines in seinem Pfandrecht enthaltenen Rechtes, sondern nur für die Benutzung einer ihm durch den Umstand gebotenen faktischen Möglichkeit, daß das betreffende Pfandrecht in seinem Vermögen stehe. Gegen eine dem Afterpfandgläubiger hieraus entspringende Gefahr für seine Sicherheit könne ihm ebensowenig geholfen werden, wie dem Sachenpfandgläubiger gegen die Gefahr, daß nicht etwa der verpfändende Eigentümer die Pfandsache vernichte.[119] Allerdings kann in beiden Fällen der Afterpfandgläubiger mit der actio pignoraticia contraria Ersatz wegen des vernichteten Pfandobjektes verlangen. — Diese Sätze auf den Fall der Aftermiete übertragen, veranlassen immerhin Zweifel an der Richtigkeit der Annahme, daß man es mit einem Afterpfandrecht zu thun habe. Der Aftervermieter könnte alsdann sein Pfandrecht solange nicht ausüben, als der erste Vermieter nicht befriedigt ist, während das Pfandrecht des ersten Vermieters jederzeit durch Verzicht des Aftervermieters auf das Illatenpfandrecht illusorisch werden kann. Im ersten Falle hat der Aftervermieter nur einen Anspruch gegen den ersten Vermieter auf die beim Pfandverkauf erzielte hyperocha, im letzten Falle tritt an Stelle des Pfandrechts ein gegen den Aftervermieter geltend zu machender Anspruch des ersten Vermieters auf Schadloshaltung: in beiden Fällen wird die reale Sicherheit durch einen lediglich obligatorischen Anspruch in ungenügender Weise ersetzt. Man geht wohl kaum zu weit, wenn man behauptet, daß diese beiden Konsequenzen in der Praxis nicht beobachtet werden.

Nimmt man aber gemäß der herrschenden Ansicht über das Afterpfandrecht an, daß die Forderung des Afterverpfänders an den ersten Pfandschuldner mit verpfändet sei, so darf man erst

[119] Sohm, S. 145 u. 146.

recht keine Afterverpfändung der Mobilien des Aftermieters annehmen, denn die persönliche Forderung des Aftervermieters hat der erste Vermieter nicht.

IV. Im Vorhergehenden hoffen wir gezeigt zu haben, daß keine der beiden Konstruktionen des Pfandrechtes befriedigen kann. Die eine läßt die Frage, wie es kommt, daß mit einer Zahlung beide Pfandrechte untergehen, offen, oder beantwortet sie in nicht genügender Weise, während die andere dies zwar thut, dabei aber zu Folgerungen kommt, die praktisch nicht anzuerkennen sind. Die Annahme ferner, daß man es mit einem vertragsmäßigen Pfandrecht zu thun habe, hoffen wir gleichfalls widerlegt zu haben. Es ermangelt nur noch auf den Inhalt unserer Gesetzesstelle nochmals zurückzukommen.

Die beiden prinzipiell verschiedenen Ansichten, die Huß und Glück von dieser Stelle haben, haben wir bereits oben ausführlicher dargelegt und neigten schon dort zu der von Huß gegebenen, das Pfandrecht des ersten Vermieters verneinenden Auslegung der l. 11 § 5 cit. hin. Allein die von Glück zum argumentum a contrario angeführte l. 5 D. in quib. caus. 20,2 hielt uns damals ab, dieser Ansicht vollständig zuzustimmen. Darf man nun der Beweiskraft dieser Stelle soviel vertrauen, wie es Glück, Bd. 18, S. 342 thut? Die Scheidung in unentgeltliche Gebrauchsüberlassung und Aftervermietung ist nicht vollkommen richtig. Der Gegensatz von Unentgeltlichkeit ist Entgeltlichkeit. Der Begriff der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung umfaßt allerdings den Fall der Aftervermietung, er ist aber viel weiter. Er umfaßt auch alle diejenigen Fälle, in denen nicht Geld, sondern ein anderer Vermögenswert als Gegenleistung versprochen wird und die bekanntlich nicht unter den Begriff der Miete fallen. Für diese Fälle lassen uns die Quellen im Stich und man muß sehen, wie man sich an der Hand des Gegebenen und des Vermuteten darüber hinaushilft. So muß man denn entweder sagen, es sind dies Fälle entgeltlicher Gebrauchsüberlassung und dann müßte man (arg. a contrario aus l. 5 D. cit.) dem Vermieter ein Pfandrecht an den Illaten des Dritten einräumen; oder man muß sagen, es sind dies keine Fälle der Aftervermietung, und dann muß man, weil l. 11 § 5

cit. nur den Fall der Aftervermietung im Auge hat, dem Vermieter ein derartiges Pfandrecht absprechen. Nun wird aber allgemein das Pfandrecht dem ersten Vermieter nur dem Aftermieter als solchem gegenüber zugestanden. Weiterhin zeigt die Konstruktion des ganzen Pfandrechts, wie es sich allenfalls auf Grund der l. 11 § 5 cit. annehmen läßt und wie es auch von allen Vertretern der Ansicht, die dem ersten Vermieter dieses Pfandrecht zuspricht, erklärt wird, daß wir es mit einem speciell der Aftermiete eigentümlichen Institut zu thun haben. Man darf also kaum annehmen, daß die Fälle, in denen eine Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung versprochen wurde, welche nicht in Geld besteht, unter unsere l. 11 § 5 cit. fallen und muß demgemäß dem Vermieter ein Pfandrecht an den von diesen Dritten eingebrachten Sachen unbedingt absprechen. Daraus ergiebt sich aber, daß man auf das Wort „gratuitam" in der genannten Gesetzesstelle nicht den Nachdruck legen darf, wie es gewöhnlich geschieht, und daß diese Stelle zum argumentum a contrario nicht benutzt werden darf. Daß der Jurist nun überhaupt die Frage aufwirft, ob die Sachen eines Dritten dem Pfandrecht des Vermieters unterworfen sind, nötigt nun aber noch nicht zu der Annahme, daß es Fälle giebt, in denen ein derartiges Pfandrecht eintritt; vielmehr giebt diese Stelle eine Ausnahme von der Regel der l. 7 § 1 D. in quib. caus. 20, 2, daß „ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint". Denn auch die Sachen desjenigen, der eine Wohnung unentgeltlich benützt, sind inferiert in der Absicht „ut ibi sint", sie werden aber nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung vom Pfandrechte des Vermieters nicht ergriffen.

Fragt man sich weiter, welchen Zweck das Pfandrecht des ersten Vermieters an den eingebrachten Sachen des Aftermieters haben soll, so denkt man an den Fall, daß der Mieter selbst nicht in die Mietwohnung einzieht, sondern dieselbe an einen Dritten aftervermietet. Alsdann säße ein Mieter in der Mietwohnung, ohne daß dem ersten Vermieter eine Sicherung für seine Mietzinsforderung gegeben wäre. Man könnte also jederzeit, wenn man sich von dem lästigen gesetzlichen Mietenpfandrecht befreien will, einen Strohmann vorschieben, der zwar selbst mietet, aber nicht

einzieht und darum keine pfändbaren Objekte in die Mietwohnung einbringt, während derjenige, der sich eigentlich den Gebrauch der Mietsache verschaffen will, mit seinen Illaten nicht haften würde, weil er dem ersten Vermieter gegenüber nicht Mietvertragspartei ist. Es ist also der einzige Gesichtspunkt, aus dem sich dieses Pfandrecht des ersten Vermieters rechtfertigen ließe, der, daß man es für angemessen hält, dem ersten Vermieter für die durch die Aftervermietung verringerte oder entgangene Sicherheit einen Ersatz zu verschaffen. Es wäre nun aber durchaus nicht zu ersehen, warum man dies auf den Fall der Aftervermietung beschränken sollte, wo dem Vermieter doch aus einer unentgeltlichen oder nicht mietweisen Gebrauchsüberlassung genau dieselben Nachteile drohen.[120]

Mit diesem argumentum a contrario fällt nun auch der Grund weg, der uns veranlaßte, der oben vorgetragenen Ansicht von Huß nicht sofort zuzustimmen, und ist es richtiger und dem Zusammenhang entsprechender, die Stelle von dem Pfandrecht des Aftervermieters und nicht von einem Pfandrecht des ersten Vermieters zu verstehen.

C. Ergänzende Bemerkungen.

Über unsere l. 11 § 5 cit. wäre teilweise ergänzend noch Folgendes zu sagen:

Durch die Aftervermietung entstehen nach der herrschenden Auffassung der genannten Gesetzesstelle, obwohl der Aftermietvertrag unabhängig vom ersten Mietvertrag geschlossen wird, Rechte und Pflichten zwischen erstem Vermieter und Aftermieter. Es sind dies die Rechte und Pflichten aus dem unter B. erwähnten Pfandverhältnisse. Hierbei ist ergänzend zu dem, was oben unter A. bemerkt wurde, noch einiges hinzuzufügen.

Die Ansicht, die das genannte Recht des Aftermieters, unter allen Umständen an den ersten Vermieter zahlen zu dürfen, auf

[120] Vergl. auch Trotsche, S. 30, Anm. 36.

das Pfandrecht des ersten Vermieters stützt, ist nur zum Teil richtig. Dieselbe sagt: Wenn der Aftermieter dem ersten Vermieter mit gewissen Objekten für den von ihm geschuldeten Zins pfandrechtlich haftet, so muß man ihm auch ein Recht geben, durch Zahlung an den ersten Vermieter die verpfändeten Objekte aus dem Pfandnexus zu lösen. Dies trifft jedoch nur bei praedia rustica zu. Denn hier haften, wie wir gesehen haben, die Früchte dem ersten Verpächter für den ganzen ersten Pachtzins. Man muß ihm hier das Recht zugestehen, unbedingt an den ersten Verpächter zahlen zu dürfen, da er ja, wenn er den Afterpachtzins an den Afterverpächter zahlt, die Früchte wohl von dem Pfandrecht des Afterverpächters (ein solches als bestehend angenommen) befreit, nicht aber von dem vom genannten Pfandrecht des Afterpächters ganz unabhängigen Pfandrechte des ersten Verpächters. Zahlt er aber an den ersten Verpächter, so befreit er zwar auch nicht ipso iure die Früchte von dem Pfandrecht des Afterverpächters, wohl aber hat er gegen den die Herausgabe der percipierten Früchte verlangenden Afterverpächter eine exceptio. Man muß dem Afterpächter dies Recht umsomehr zusprechen, als er, wie oben gezeigt, bei Zahlung an den säumigen ersten Pächter leicht nochmals in die Lage kommt, zahlen zu müssen. Anders bei praedia urbana. Hier hat der Aftermieter wohl auch ein Interesse daran, daß seine Invekten und Illaten vom Pfandrechte des ersten Vermieters befreit werden: allein diesen Effekt hat auch die Zahlung des Aftermietzinses an den Aftervermieter. Aus dem Pfandrechte des ersten Vermieters läßt sich also bei praedia urbana das Recht, unter allen Umständen an den ersten Vermieter zahlen zu dürfen, nicht herleiten. Auch dieser Punkt zeigt die zwischen dem Pfandrecht des ersten Vermieters und dem des ersten Verpächters bestehende Verschiedenheit.

Das Recht des Aftermieters, an den ersten Vermieter zahlen zu dürfen, wie es von der herrschenden Lehre allgemein angenommen wird, bringt den Satz, daß durch eine Aftervermietung Rechte und Pflichten nur zwischen den Parteien entstehen, noch nicht zu Fall. Denn der Aftermieter übt das Recht nicht gegenüber dem ersten Vermieter aus, sondern gegenüber dem Aftervermieter. Die diesem Rechte gegenüberstehende Pflicht ist die Pflicht des After-

vermieters, die Zahlung an den ersten Vermieter zu dulden, nicht die Pflicht des ersten Vermieters, die Zahlung anzunehmen. Diese letztere Pflicht beruht nämlich nicht, wie jenes Recht, auf dem Abschluß des Aftermietvertrags, sondern auf einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung, laut deren der Gläubiger die richtig angebotene Leistung auch dann annehmen muß, wenn sie von einem Anderen als dem Schuldner angeboten wird. Recht und Pflicht beschränkt sich demnach hierbei blos auf die Personen des Aftermietvertrags und kann somit in diesem Falle von einer Durchbrechung des Prinzips der Unabhängigkeit der beiden Mietverträge keine Rede sein.

Wohl ist dies aber bei dem vorerwähnten Pfandrecht der Fall. Durch die Aftervermietung als solche werden die Sachen des Aftermieters verpfändet, der erste Vermieter bekommt an ihnen ein Pfandrecht. Folgte man der Auslegung unserer l. 11 § 5 cit., wie sie uns z. B. Huß a. a. O. giebt, so fiele auch diese Besonderheit weg und der allgemeine Satz, daß man aus Verträgen Dritter keine Rechte herleiten kann, würde auch bei dem Institut der Aftermiete ausnahmsloses Prinzip bleiben.

§ 4.

Unterschied des Aftermietvertrags von anderen im Ergebnis ähnlichen Rechtsgeschäften.

Der Zweck der Aftervermietung ist, einem Dritten den Gebrauch der Mietsache zu verschaffen. Insofern diese Gebrauchsüberlassung durch einen Mietvertrag geschieht, spricht man, wie wir oben gesehen haben, von Aftermiete. Insofern andere Rechtsgeschäfte denselben Erfolg herbeiführen, sind sie der Aftermiete im Ergebnis ähnlich. Ähnlich, jedoch nicht gleich, deswegen weil das Recht des Gebrauches je nach dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft umfassender, inhaltsreicher sein kann. Nur einiger dieser ähnlichen Fälle sei im Folgenden gedacht.

1. Die adsumptio socii conductionis[121]. Hierbei nimmt der Mieter nach Abschluß des Mietvertrags einen socius an, dem er nach Maßgabe des Societätsvertrags den Gebrauch der Sache einräumt und zwar derart, daß er, der Mieter, selbst am weiteren Gebrauch teilnimmt, da sonst von einer societas nicht die Rede sein könnte. Dieser Vertrag unterscheidet sich vor Allem dadurch von dem Aftermietvertrag, daß für ihn Societätsrecht gilt. Daraus erklärt es sich, daß, wenn einer der socii, sei es nun der socius adsumens oder adsumptus, stirbt, seine Societätsrechte nicht auf seine Erben übergehen, da eine Fortsetzung der Societät mit den Erben nicht stattfindet, nach römischem Recht vorher sogar nicht einmal gültig verabredet werden kann. Die Rechte aus dem Aftermietvertrage hingegen gehen auf die Erben sowohl des Aftervermieters als des Aftermieters über.

2. Die cessio iurium conductionis. Eine Cession ist, wie bei anderen zweiseitigen Verträgen, so auch bei der Miete im allgemeinen gestattet. Auch hierbei erhält ein Dritter nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Mieter abgeschlossenen Vertrags das Recht, die Mietsache zu gebrauchen. Ob der Mieter zur Erteilung dieses Rechtes befugt ist, hängt vom Mietvertrage ab, d. h. auch eine totale oder partielle Cession der Mieterrechte kann, wie dies auch bei der Aftervermietung der Fall ist, dem Mieter ausdrücklich oder stillschweigend verboten sein. Man wird aber sowohl in dem Verbot der Sublokation, wie in dem Verbot der Cession im Allgemeinen ein Verbot des Abschlusses dieser beiden Rechtsgeschäfte zu finden haben, wenn nicht nachweislich nur die Gebrauchsübertragung durch das eine oder das andere Rechtsgeschäft beim Abschlusse des Mietvertrags ausgeschlossen werden sollte. Die cessio iurium conductionis unterscheidet sich aber von der Aftermiete dadurch, daß bei der ersteren zwar ebenfalls, wie bei der Aftermiete, ein neues Rechtsverhältnis begründet wird, daß aber dieses *an die Stelle* des ersten Rechtsverhältnisses tritt, während bei der Sublokation das neugeschaffene Rechtsverhältnis *neben* das alte tritt. Hier erhält der Aftermieter eine Klage auf Gebrauchsüberlassung nur gegen den Aftervermieter, dort

[121] Vergl. Anderson, § 3.

bekommt der Cessionar eine solche Klage gegen den Vermieter,[122] gegen den cedierenden Mieter nur dann, wenn der Mieter selbst dem Cessionar den Gebrauch nicht überläßt. Cession der Mieterrechte und Aftervermietung unterscheiden sich also dadurch, daß durch die letztere ein Mietverhältnis nur zwischen dem Mieter und dem Dritten geschlossen wird, daß aber die Cession ein Mietverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Dritten begründet.[123]

§ 5.

Beendigung der Aftermiete.

Auch hier können wir im Allgemeinen auf die bezüglichen Bestimmungen über die Endigungsgründe der gewöhnlichen Miete verweisen. Nur kurz sei erwähnt, daß, wie jedes andere Mietverhältnis, so auch die Aftermiete über die vertragsmäßig verabredete Zeit hinaus stillschweigend fortgesetzt werden kann (relocatio tacita).

Wir haben hier besonders die Frage zu betrachten, wie es sich mit dem Aftermietvertrage verhält, wenn der erste Mietvertrag beendigt ist. Diese Frage bietet nur dann Interesse, wenn die Dauer des im Aftermietvertrage zugesagten Gebrauches die thatsächliche Dauer des ersten Mietvertrags übertrifft. Da nach Ablauf des ersten Mietvertrags der Vermieter die Rückgabe der Sache in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrags befand, verlangen kann, sieht sich der Aftervermieter nicht mehr in der Lage, seinem Mieter den Gebrauch der Mietsache gewähren zu können. Durch die Beendigung des ersten Mietvertrags allein wird aber nicht auch der Aftermietvertrag aufgelöst, sondern damit bekommt der erste Vermieter nur ein Recht, von seinem gewesenen Mieter die Auflösung des Aftermietvertrags zu verlangen.[124]

---

[122] Doch kann dieser, wenn der Mietpreis im Voraus zu bezahlen war, und der Mieter ohne dies zu thun, sein Recht cediert hat, dem auf Gebrauchsüberlassung klagenden Cessionar die Einrede der nicht gemachten Gegenleistung entgegensetzen. Vergl. Windscheid 2 § 335, Note 14.

[123] Vergl. Eck a. a. O. s. v. Aftermiete.

[124] Es ist daher unrichtig, was Wildvogel § 18 sagt: „uti nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet, sequitur, quod sublocatio

Verlangt dies der erste Vermieter nicht, so bleibt ohne Weiteres der Aftermietvertrag bestehen, denn die Thatsache, daß der erste Mietvertrag beendigt ist, kann auf den Bestand des Aftermietvertrags keinen Einfluß haben. Gebraucht daher der Aftermieter die Sache noch weiter, so hat der Aftervermieter gegen ihn immer noch Anspruch auf den Aftermietzins und kann immer noch sein gesetzliches Pfandrecht geltend machen, da es ja für den Bestand des Aftermietvertrags, wie jedes anderen Mietvertrags, ohne Belang ist, ob dem Vermieter überhaupt ein Recht oder welches Recht ihm zusteht. Der Eigentümer andererseits kann aber nach Umständen vom Aftervermieter Herausgabe der Bereicherung verlangen.

Weil nun der Aftermietvertrag bestehen bleibt, auch wenn der erste Mietvertrag abgelaufen ist, kann in dem weiteren Gebrauche durch den Aftermieter, sofern ihm während dieses weiteren Zeitraumes der Gebrauch noch zugesagt war, keine relocatio tacita erblickt werden, die für den Aftermieter namentlich dann verhängnisvoll werden könnte, wenn die z. B. von Windscheid 2, § 402 bei Note 13 gegebene Erklärung der l. 13 § 11, D. loc. 19,2 die richtige ist. Vielmehr nimmt die relocatio tacita in diesem Falle ihren Anfang nicht schon mit der Beendigung des ersten Mietvertrags, sondern, wie es eigentlich selbstverständlich ist, erst mit dem Ende des Aftermietvertrags. Demnach sind Beendigungsgründe:

1. Die alle Mietverträge beendigenden Gründe.

2. Es kann weiterhin auf Grund des aus eben diesen Gründen aufgelösten ersten Mietvertrags vom ersten Vermieter die Auflösung des Aftermietvertrags verlangt werden. Hieran sind noch einige Bemerkungen bezüglich des Schadensersatzes zu knüpfen und zwar sind hierbei folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Der Mieter war zu der Annahme berechtigt, daß er den für die bestimmte Zeit zugesagten Gebrauch dem Aftermieter wirklich gewähren könne.

---

in longius tempus non possit concipi, quam ipse conduxit sublocator, et huius iure sublato aliud evenire non potest, quam ut etiam ius subconductoris simul censeatur extinctum: hinc eo ipso exspirat sublocatio.“ Ueber die interessante Frage, ob die dem ersten Mieter gegenüber erlassene Kündigung auch gegen den Aftermieter wirkt, vergl. das diese Frage bejahende Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 12. Juli 1849 (Seuff. Arch. III, 48); Seuff. Pand § 329, Anm. 4.

a) Diese Annahme beruhte auf entschuldbarem Irrtum. Dann ist der Aftervermieter befugt vom Aftermieter Rückgabe der Mietsache auch schon vor Ablauf des vertragsmäßigen Gebrauches zu verlangen. Der Aftermieter kann hierfür keinen Schadenersatz, wohl aber verhältnismäßigen Erlaß des Mietzinses verlangen. Unter Umständen kann aber der Aftervermieter alsdann Regreß gegen den ersten Vermieter nehmen.

b) Die Aftermiete war nicht auf länger verabredet, als dem Aftervermieter selbst der Gebrauch der Mietsache zugesagt war, allein dieser Gebrauch kann dem Aftermieter infolge unvorhergesehener Ereignisse nicht mehr gewährt werden. Dies ist der Fall, wenn zum Beispiel die Sache reparaturbedürftig ist und infolgedessen der Gebrauch nicht ermöglicht werden kann oder wenn der Vermieter die Sache infolge unvorhergesehenen Bedürfnisses selbst nötig hat (l. 3 C. de locato 4, 65). Für den ersten Fall giebt ein Beispiel l. 30 pr. D. loc. 19, 2. In dieser Stelle wird, wie bereits oben ausgeführt wurde, gesagt, daß darauf zu achten sei, ob die Reparatur notwendig gewesen sei oder nicht. Im ersten Fall kann der Mieter nur verhältnismäßige Zurückzahlung des bereits bezahlten Mietzinses verlangen, im letzteren Ersatz seines Interesse, das er daran hatte, ne habitatores migrarent. War die Reparatur notwendig, so kann auch der Aftermieter nur Rückzahlung des zuviel bezahlten Zinses verlangen; war sie nicht notwendig, so ist es billig, daß auch er, genau so wie der Mieter, sein Interesse geltend machen kann.

2) Der Mieter wußte oder mußte es doch wenigstens wissen, daß er auf eine längere Zeit weitervermiete, als ihm selbst der Gebrauch zustand. Alsdann kann der Aftermieter, für den übrigens keine Pflicht besteht, sich zu vergewissern, ob der erste Mietvertrag eine Aftervermietung von dieser Dauer zuläßt, wenn er die Ueberschreitung der im ersten Mietvertrag bestimmten Zeit nicht kannte, Ersatz seines Interesse verlangen, wofür dem Mieter selbverständlich kein Rückgriffsrecht gegen den ersten Vermieter zusteht. Kannte er jedoch die Ueberschreitung, so reduziert sich sein Anspruch auf verhältnismäßigen Erlaß des Aftermietzinses.

Dies alles sind Sätze, für die specielle Gesetzesstellen als Belege nicht aufzuführen sind, die sich vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen ergeben.

Durch den Tod einer der drei bei der Aftermiete in Betracht kommenden Personen vor Endigung des betreffenden Mietvertrags wird der Bestand keines der beiden Mietverhältnisse beeinflußt, da die Erben in die Rechtsstellung des weggefallenen Teiles succedieren. Bei der sublocatio operis liegt die Sache insofern anders, als hier im allgemeinen der Vertrag auf die Erben des Lokators übergeht, während dies auf Seiten des Konduktors — specielle Auslegung des Vertrags vorbehalten — nicht allgemein der Fall sein wird.[125] Wie es sich ferner mit dem Weiterbestand resp. der Endigung des Aftermietverhältnisses verhält, wenn das Mietobjekt verkauft wird, entscheidet sich nach denselben Grundsätzen, wie bei jedem anderen Mietverhältnisse. Wird der Aftermieter Eigentümer der Mietsache, so endet hierdurch das Aftermietverhältnis.[126] Dies besagt l. 9 § 6 D. locati 19,2: „Ulpianus libro XXXII ad Edictum. Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem. Sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur; et puto solvendum."

Giebt der Aftermieter, wenn die erste Miete abgelaufen ist, die Mietsache nicht heraus, so kann ihn zwar der erste Vermieter mit einer Kontraktsklage an und für sich nicht zur Rückgabe veranlassen, wohl aber kann er sich die Klage des Aftervermieters cedieren lassen, oder er kann auch von diesem verlangen, daß er die Herausgabe seitens des Aftervermieters veranlasse. Da dies alles aber wenig Erfolg hätte, wenn z. B. der Aftermietvertrag auf eine längere Zeit geschlossen worden ist, stehen dem ersten Vermieter je nach Maßgabe seines Rechts die dinglichen oder possessorischen Klagen zu.[127]

---

[125] Windscheid 2, § 402, 4.
[126] Vergl. hierzu Brückner, S. 3 bei Anm. 8.
[127] Brückner S. 36; Weiske S. 795.

So ergiebt sich denn auch aus den über die Beendigung des Aftermietvertrags geltenden Regeln das, was wir bereits eingangs erwähnten, daß nämlich der Aftermietvertrag ein durchaus selbständiger Vertrag ist, der zwar nicht hinsichtlich seines Inhaltes, wohl aber hinsichtlich seines Bestandes von dem ersten Mietvertrag unabhängig ist.

II. Anhang.

Das Institut der Aftermiete hat nach seiner Reception mancherlei Veränderungen durch partikulare Bestimmungen erhalten. Im allgemeinen wird die Bestimmung des römischen Rechts, daß die Aftervermietung zulässig ist, wenn ihr der erste Mietvertrag nicht entgegensteht, festgehalten. [128] So bestimmt beispielsweise die

Wormser Reformation (Ausgabe von 1513), Buch 5, Teil 2, Tit. 1, Abs. 10:

„Ein yeder unser Burger oder undersaß mag den Gebrauch eins dings, das er bestanden het, einem andern der also geschickt und tüglich als er ist besunder zu solichem gebrauch fürter verleyhen. Es were denn mit sunderlichen außgedingten Worten anders verfangen. Wann aber ein bestender one verwilligung des rechten herrn oder verleyhers ein gut eym andern der nitt so geschickt were oder zu anderm gebrauch ferrer verluhen hett derselb felt von seyner bestentnuß. Und mag der verleyher den andern nachbestender abtryben."

[128] Die nachfolgenden Angaben sollen auf Vollständigkeit keinen Anspruch machen.

Die erbliche Weiterverpachtung ohne besondere Zustimmung des Lokators schließt bei der Erbpacht aus:

Wormſ. Ref., Buch 5, Teil 2, Tit. 2, Abſ. 1:

„der Erbbeſtender mag das beſtanden gut nitt fürter erplich verleyhen: ohne verwilligen des herrn oder verleyhers. Aber der Conductor mag ſein gerechtigkeit eynem andern aufftragen."

Die Aftermiete erklärt für zuläſſig, aber nicht die Afterpacht:

Churköln. Ldr. XIV § 1; Zür. G. B. §§ 1498, 1499, 1524.[129]

Nach anderen Beſtimmungen iſt die Aftervermietung nur mit Genehmigung des Vermieters geſtattet:

Statuten von Langenſalza von 1556, c. 14. Hamburger Statuten von 1497 und 1603,[130]

oder aber es wird ein Unterſchied gemacht zwiſchen praedia urbana und rustica. Bezüglich der letzteren bezeugt Willenberg a. a. O., S. 648 § 3 für Belgien, daß zur Afterverpachtung von Aeckern die Zuſtimmung des Herrn einzuholen ſei:

„per statutum loci etiam sublocatio prohiberi potest quale viget in Belgio, ubi agri locati sine domini consensu sublocari nequeunt".

Daſſelbe ſagt auch Voet a. a. O., lib. 19, 2 § 5 unter Berufung auf ein Edikt Karls V. von 1515. (?) Für ſtädtiſche Grundſtücke iſt als intereſſante Einzelheit aufzuführen, daß es partikularrechtlich dem dominus vollſtändig anheimgeſtellt iſt, ob er eine Aftervermietung zulaſſen oder „quodam iure protimiseos" die Mietſache zurückmieten will.

---

[129] Vergl. im übrigen Stobbe, Handbuch des deutſchen Privatrechts 3. Bd., S. 262.

[130] Vergl. hierzu Anderſon a. a. O. S. 9. Derſelbe giebt für das Hamburgiſche Recht noch folgende Einzelheiten: Wenn auch das Recht afterzuvermieten vom Konſens des Dominus abhängig ſei, ſo ſei doch dieſer Konſens keineswegs immer frei: derſelbe könne vielmehr nur ex iusta causa verweigert werden, andernfalls der Mieter den Magiſtrat um Ergänzung des Konſenſes angehen könne. Weiterhin erwähnt Anderſon § 21, daß für das Hamburgiſche Recht die Präſumtion gelte, daß, falls die Höhe des verabredeten Aftermietzinſes nicht feſtgeſtellt werden könne, bei totaler Sublokation der Betrag des erſten Mietzinſes auch für die Aftermiete verabredet gelten ſolle.

So: Willenberg, S. 648 § 3. Voet a. a. O. § 5 erwähnt dies nur „in aedibus rusticis sublocandis“.

Für das Recht mehrerer niederländischer Städte (Amsterdam, Rotterdam u. s. w.) erwähnt insbesondere

Leeuwen, a. a. O. lib. 4, cap. 22, Nr. 9, S. 617:

„et quum in aedificiis urbanis plurimum differat, qui et quomodo aedibus conductis utantur locatores, plerisque apud nos municipali iure cautum est, ut ne conductor liceat irrequisito domino aedes conductas alteri relocare, quin ipse dominus retractus iure si velit uti aedesque locatas iterum ad se recipere possit.“

Ebenso auch Huber, a. a. O. lib. 19,2 § 2, S. 627 f.

Bezüglich des Pfandrechts des ersten Vermieters ist zu bemerken, daß in den Niederlanden durch Gewohnheitsrecht dem Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks auch ein Pfandrecht an den Invekten und Illaten sowohl des Pächters als auch des Afterpächters gegeben wurde.[131] Allerdings hat für dieses Rechtsgebiet das Gewohnheitsrecht bei dem stillschweigenden Pfandrecht des ersten Lokators auch insofern eine Aenderung herbeigeführt, als das Pfandrecht mit dem Verbringen der Mobilien, sofern dies nicht in betrügerischer Weise geschieht, sein Ende findet.

Leeuwen, a. a. O. lib. 4, cap. 9, Nr. 3 u. 4:

„et secundi conductoris bona in praedium, sive rusticum, sive urbanum, invecta locatori primo pignori sunt pro quantitate mercedis secundae, cuius solummodo intuito ibi sunt. Et haec iure civili obligata manent, licet postea mutato proposito amoveantur. Quod tamen moribus, quibus mobilia nullam sequelam habere diximus, receptum non est, nisi in fundo aut praedio locato reperiantur aut in fraudem legis devecta ilico et in continenti persequantur.“

S. auch die daselbst Citierten.

[131] Vergl. Voet, lib. 20, 2 § 6.

Eine Ansicht von Christinaeus (ad leg. Mechliniens. tit. VIII. art. 7) wird, insofern sie sich nicht durch partikulare Bestimmung rechtfertigen läßt, von Anderson S. 18 mit Recht zurückgewiesen:

„Erronea est Christinaei sententia, qui primum locatorem eo pretio, quo primo conductori locavit, contentum esse non teneri putat, si secundae locationis pretium illud excedat.

1) Hinsichtlich der Behandlung der Aftermiete scheiden sich die moderne Kodifikationen in zwei Gruppen. Auf der einen Seite steht das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, welches die Befugnis zur Untervermietung — dieser Bezeichnung bedient sich das Gesetzbuch — von der Zustimmung des ersten Vermieters abhängig macht; auf der anderen Seite stehen das französische, österreichische und sächsische bürgerliche Gesetzbuch, welche die Aftermiete im wesentlichen nach denselben Grundsätzen, wie das römische Recht, jedem Mieter gestatten.

a. Das preußische Landrecht vertritt im allgemeinen die Ansicht, daß die mietweise Gebrauchsüberlassung eine Sache des persönlichen Vertrauens sei.[132] Dem entspricht der erwähnte Grundsatz, daß zur Aftervermietung die Zustimmung des ersten Vermieters nötig ist.

Es bestimmt nun A. L. R. I, 21 § 309:

„Der Mieter einer Sache ist nicht befugt, den ihm eingeräumten Gebrauch der Sache einem Andern ohne Einwilligung des Vermieters zu überlassen."

A. L. R. eod. § 310:

„Insonderheit darf der Mieter einer Wohnung ohne Konsens des Vermieters Andere darin für Geld nicht aufnehmen."

A. L. R. eod. § 313:

„Auch der Pächter ist nicht befugt ohne Einwilligung des Verpächters Unterpächter anzunehmen."

[132] Vergl. Koch, Bd. 2, S. 990, Anm. 10.

Ist nun durch den erstgenannten Paragraph die Überlassung des eingeräumten Gebrauches (also auch die unentgeltliche) im allgemeinen, und in den beiden letzten Paragraphen die Aftervermietung resp. Afterverpachtung insbesondere ohne Einwilligung des Vermieters nicht gestattet, so ist damit doch unentgeltliche Gestattung des Mitgebrauches nicht verboten. Denn unter „aufnehmen" des § 310 ist Einräumung des gleichzeitigen Mitgebrauchs zu verstehen. Diese fällt aber, wenn sie unentgeltlich geschieht, nicht unter § 310 und würde nur dann unter § 309 fallen, wenn der gesamte Gebrauch der Mietsache unentgeltlich übertragen würde.[133] Ist nun auch die totale wie partielle Sublokation von der Zustimmung des Lokators abhängig, so macht doch hiervon A. L. R. eod. § 314 eine Ausnahme, indem es bestimmt:

> „Nur bei Pachtungen, welche mehrere Wirtschaftsrubriken oder Vorwerke unter sich begreifen, kann der Pächter einzelne Rubriken oder Vorwerke auch ohne ausdrücklichen Konsens des Verpächters in Unterpacht austhun."

Der Konsens ist an eine Form nicht gebunden. Der Vermieter kann denselben nur dann verweigern, wenn der einzunehmende Untermieter ein unehrbares oder ein dem Haus oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibt" (A. L. R. I, 21 § 311). Verweigert der Vermieter aus einem anderen Grunde die Zustimmung, so kann der Mieter unter Innehaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist den Mietvertrag aufkündigen, auch wenn die Kontraktszeit noch nicht abgelaufen ist, eine Vorschrift, die auf den Pächter nicht auszudehnen ist. Anders natürlich, wenn im Mietvertrag die Übertragung der Mietsrechte an einen Anderen ausgeschlossen ist.[134]

Weiterhin bestimmt A. L. R. eod. § 315:

> „Hat der Mieter oder Pächter einen Unterpächter oder Untermieter eigenmächtiger oder unbefugter Weise angenommen, so ist der Vermieter oder Verpächter auf dessen Entsetzung zu allen Zeiten anzutragen berechtigt."

Ist schon hinsichtlich der Befugnis zur Aftervermietung die Stellung des Mieters im preußischen Recht eine ganz andere, wie

[133] Vergl. Koch, 2 S. 991, Anm. 11.
[134] S. hierzu aber Koch, 2 S. 992, Anm. 13.

im gemeinen Recht, so zeigt sich dies auch hinsichtlich der Haftung des Mieters für den Aftermieter. Denn während der Mieter nach gemeinem Recht nur für culpa in eligendo haftet, muß er nach preußischem Recht, auch wenn die Aftervermietung mit Einwilligung des Vermieters erfolgte, für alle von dem Untermieter angerichteten Beschädigungen einstehen, insofern sie überhaupt von dem Untermieter vertreten werden müssen (A. L. R. eod. § 316). Doch braucht sich der Vermieter nicht an seine Vertragspartei zu halten, sondern kann den Subkonduktor unmittelbar in Anspruch nehmen (A. L. R. eod. § 317).

Genau, wie im gemeinen Recht, hat der Vermieter ohne weiteres auch hier keinen Anspruch auf den vom Untermieter geschuldeten Mietzins.

Die Frage, ob der erste Vermieter ein Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Aftermieters habe, ist auch nach preußischem Recht bestritten. Die Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich in erster Lesung sagen in Band 2, S. 405, daß nach preußischem Recht die herrschende Meinung und die Praxis annehmen, daß die Illaten des Aftermieters dem ersten Vermieter nicht haften.[135] Dagegen wird ein derartiges Pfandrecht von anderer Seite[136] als bestehend angenommen, namentlich unter Heranziehung der Deklaration des § 395, Tit. 21, Teil 1 A. L. R. vom 21. Juli 1846. Dieselbe sagt, „daß die dem Vermieter und Verpächter im § 395, Tit. 21, Teil 1 des allgemeinen Landrechts beigelegten Rechte eines Pfandgläubigers sich nur auf solche Sachen und Effekten erstrecken, welche dem Mieter oder Pächter selbst gehören, oder welche derselbe ohne Einwilligung des Eigentümers zu verpfänden befugt ist." Dies wird in Zusammenhang gebracht mit A. L. R. I. 20 §§ 73 und 74: „Sind fremde Sachen ohne diese Einwilligung (sc. des Eigentümers) zum Pfand gegeben worden, so kann der Eigentümer dieselben zwar von dem Pfandinhaber zurückfordern, doch haftet dem Gläubiger auch alsdann das dingliche Recht, welches der Ver-

[135] Ebenso leugnet das Pfandrecht: Dernburg, Pr. Pr. R. 1, S. 896, Anm. 2 unter Berufung auf ein Erk. des O.-Trib. vom 13. Juni 1836, Bd. 1, S. 160 ff.

[136] So von Koch, 2 S. 993, Anm. 22, S. 1016, Anm. 11; Eck, a. a. O. Zu dieser Ansicht neigt auch Förster 2, S. 210, Anm. 229.

pfänder auf die Sache hatte, zu seiner Sicherheit". Dabei ist klar, daß, wenn der Aftervermieter die Sachen des Aftermieters verpfändet hätte, dem ersten Vermieter nur das Pfandrecht, das dem Aftervermieter zusteht, verpfändet sein würde; fraglich bleibt dabei aber, ob und worin man dabei die Voraussetzung des § 74 cit.: „Die Verpfändung einer fremden Sache", finden kann.

Eine Besonderheit enthält § 322 unseres Titels, welcher bestimmt, daß, wenn die verabredete Mietzeit des Aftermietvertrags von längerer Dauer ist, als die des ersten Mietvertrags, und der erste Vermieter diesem Aftermietvertrag ausdrücklich beigetreten ist, mit Ablauf der Zeit des ersten Mieters der Untermieter an die Stelle des Ersteren tritt. In diesem Falle entsteht also ein Kontraktsverhältnis zwischen dem ersten Vermieter und dem Aftermieter. In allen andern Fällen dauert dagegen das Recht des Untermieters nicht länger als das des ersten Mieters (A. L. R. eod. § 321).[137]

b. Das französische Recht, dessen Praxis eine große Fülle interessanter Entscheidungen über die Rechtsverhältnisse der Aftermiete aufweist, spricht in art. 1717 C. c. das römisch rechtliche Prinzip aus, indem es sagt:

> „Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie. Cette clause est toujours de rigueur."

Ueber die Auslegung der die Sublokation ausschließenden oder beschränkenden Klausel vergl. Zachariae 2 § 368, Anm. 2. Jedenfalls ist die Klausel ihrem Wortlaute nach, d. h. ohne Rücksicht auf das Interesse der Parteien zu interpretieren. Schließt der Mieter trotz einer entgegenstehenden Klausel des ersten Mietvertrags einen Aftermietvertrag, so hat der Vermieter das Resiliationsrecht. Es muß dies jedoch gerichtlich von ihm geltend gemacht werden; die Auflösung des Mietvertrags kann aber nicht ausgesprochen werden, wenn der Mieter inzwischen den Aftermietvertrag wieder aufgelöst hat.[138]

---

[137] Vergl. überhaupt: Dernburg, Pr. Pr. R. 2, S. 416 ff., Förster 2, S. 191 f.

[138] Vergl. hierzu Marcadé, 6 S. 441, III.

Mit Auflösung des Mietvertrags wird auch der Aftermietvertrag aufgelöst: „le bail tombant, le sous-bail tombe avec lui.“ [139]

Art. 1717 macht ferner ausdrücklich einen Unterschied zwischen Sublokation und Cession, indem er beide aber unter dieselben Grundsätze stellt. Dabei ist zu beachten, daß die Cession das Majus, die Sublokation das Minus ist.[140]

Auch nach französischem Recht haftet der Aftervermieter für allen Schaden, der durch den Aftermieter verursacht wird (art. 1735).

Die Haftung des Aftermieters gegenüber dem ersten Vermieter für den vom ersten Mieter zu entrichtenden Mietzins erstreckt sich bis zu dem Betrag des von dem Aftermieter geschuldeten Aftermietzinses. Maßgebend für den Betrag des letzteren ist der Augenblick der Arrestanlegung. Vorausbezahlungen kann der Aftermieter dabei nicht in Abrechnung bringen, wenn anders dieselben nicht auf Grund einer Bestimmung des Aftermietvertrags oder auf Grund des Ortsgebrauchs erfolgt sind. Dies alles bestimmt art. 1753. Bis zu diesem Betrag hat der Vermieter ein Vorzugsrecht an den Mobilien des Aftermieters (vergl. C. de proc. art. 820). Bei Kollisionsfällen dieses Vorzugsrechts mit dem Vorzugsrechte, das der Aftervermieter an den Invekten seines Mieters hat, geht das erstere vor.[141] Weil nun dem Vermieter das Vorzugsrecht

---

[139] Marcadé, 6, S. 491.

[140] Zachariae, 2 § 368, Anm. 2; Marcadé, 6, S. 438 ff. wendet sich namentlich gegen die irrige Ansicht von Troplong: „sous-louer c'est céder une partie de son bail.“ — Denselben Irrtum bezüglich des preußischen Rechts s. Förster 2, S. 191: „Unter Aftermiete ist nicht nur die Abtretung des ganzen Rechts des Mieters und Pächters, sondern auch die Aufnahme anderer Personen in die gemietete Sache zu verstehen. Die letztere ist als teilweise Abtretung aufzufassen.

[141] Ueber die Frage, ob sich der Vermieter zuerst an seinen Mieter halten muß oder ob er sich direkt an den Aftermieter halten kann, sowie über die Frage, ob die Klage des Vermieters gegen den Aftermieter eine direkte ist oder blos eine Klage aus art. 1166 c.c., vergl. Zachariae 2, § 368, Anm. 7; Scherer 1, § 140; Marcadé 6, S. 490: „Le sous-locataire, par cela même qu'il occupe les lieux appartenant au bailleur, est tenu directement envers lui; et ce n'est pas seulement en vertu de l'art. 1166, et comme exerçant les droits du locataire principal, que ce bailleur peut agir contre le sous-locataire pour se faire payer quand le locataire ne paye pas, c'est aussi comme créancier direct de ce sous-locataire, à raison de l'habitation de celui-ci dans sa maison. Le sous-locataire est . . . personellement tenu envers le bailleur, aussi bien qu'envers le locataire.“

auch gegenüber dem Aftermieter zusteht, so wird man ihm auch diesem gegenüber, wenn derselbe das Haus nicht mit dem nötigen Mobiliar versieht, das Recht aus art. 1752 zusprechen müssen. (Zachariae 2, § 368, Anm. 8.)

c) Das österreichische Recht bestimmt in § 1098 des B. G. B.

> „Mieter und Pächter sind berechtigt, die Miet- und Pachtstücke dem Vertrage gemäß durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benutzen oder auch in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann, oder im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist."

§ 1101 eod.:

> „Zur Sicherstellung des Miet- oder Pachtzinses hat der Vermieter einer Wohnung das Pfandrecht auf die eingebrachten, dem Mieter oder Aftermieter eigentümlichen oder von einem Dritten ihnen anvertrauten Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind. Der Aftermieter haftet aber nach Maß seines Mietzinses, doch ohne die Einwendung einer dem Hauptmieter geschehenen Vorauszahlung entgegensetzen zu können. Dem Verpächter eines Grundstücks hingegen steht das Pfandrecht auf das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh und die Wirtschaftsgerätschaften und die darauf noch befindlichen Früchte zu."

Anders, wie nach römischem Recht dient dies Pfandrecht nur zur Sicherstellung des Mietzinses, nicht auch anderer Forderungen. Dagegen ist nicht nötig, daß die Gegenstände, wie dies vom römischen Recht verlangt wird, zum Zwecke der Miete eingebracht sind. Andererseits wird das Pfandrecht wieder beschränkt, indem seine Existenz von dem Verbleib der betreffenden Pfandobjekte auf dem Grundstücke abhängig gemacht wird.

Über eine Kontroverse, was hier unter „Vorauszahlung" zu verstehen sei und über die Vertreter der entgegengesetzten Meinungen vergl. Kirchstetter, S. 536 f., nach dessen Ansicht unter einer Vorauszahlung „jede, aber auch nur eine solche Zahlung zu verstehen sei, welche und insoweit sie vor den im § 1100 B. G. B.

bezeichneten Terminen geleistet wurde", wobei der citierte § 1100 lautet: „Außer dem Falle einer besonderen Verabredung ist der Zins, wenn eine Sache auf ein oder mehrere Jahre in Bestand genommen wird, einhalbjährlich, bei einer kürzeren Bestandzeit hingegen nach Verlauf derselben zu entrichten." Diese Auffassung des Begriffs der Vorauszahlung deckt sich im Prinzip mit der des französischen Rechts (art. 1753 C. c.).

Der Aftervermieter haftet dem ersten Vermieter nach § 1111 B. G. B. für Verschulden des Aftermieters ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden.

d. Das kgl. sächsische Recht[142] gestattet in § 1194 B. G. B. ebenfalls die Aftervermietung jedem Mieter und ebenso auch die Afterverpachtung, „ausgenommen, wenn etwas anders verabredet ist oder wenn der Vertragsgegenstand dadurch mehr, als dies außerdem der Fall wäre, leiden würde oder wenn eine Teilpacht vorliegt". Zum Unterschied vom gemeinen Recht ist hierzu zu bemerken, daß nach sächsischem Recht nicht nur bei der Teilpacht, sondern überhaupt immer bei der Miete die Gegenleistung nicht notwendig in Geld besteht, sondern auch in anderen fungiblen Sachen bestehen kann. Demnach ist auch der Begriff der Aftermiete ein weiterer.

Die Sicherungsmittel, die dem Vermieter für seine Mietforderungen gegeben sind, haben speciell in Sachsen mannigfache Schicksale erlitten. Das ursprünglich geltende stillschweigende Pfandrecht, wie es mit dem römischen Rechte recipiert wurde, wurde vollständig abgeschafft. Später trat an seine Stelle ein Retentionsrecht, über dessen streitige Natur auch nach Erlaß des bürgerlichen Gesetzbuches die Litteratur eine einheitliche Ansicht nicht aufweist.[143] Man wird jedoch richtig daran thun, das erwähnte Recht des ersten Lokators als ein einfaches Retentionsrecht aufzufassen.[144] Die diesbezügliche Bestimmung giebt B. G. B. § 1228:

[142] Für die Zeit vor Erlaß des königlich sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches bezeugt Emminghaus S. 565,7, daß zwar die Uebertragung der Mieterrechte an einen Dritten nur mit Zustimmung des Vermieters gestattet sei, daß aber Sublokation, wenn sie nicht ausdrücklich für unzulässig erklärt sei, als erlaubt anzusehen sei."

[143] Meißner, Pf. R. S. 518–566; Haubold, S. 198, Anm. c. Brückner, S. 80, b.; Grützmann 2, S. 142, III.

[144] Wengler und Bachmann, § 1228, Anm.

„Der Verpachter oder Vermieter von Grundstücken kann wegen der Vertragsverbindlichkeiten des Pachters oder Mieters die in den erpachteten oder ermieteten Räumen noch vorhandenen Sachen des Pachters oder Mieters und bei Grundstücken, welche natürliche Früchte tragen, die darauf gewonnenen Früchte zurückhalten. Er kann dieses Recht auch gegen den Unterpachter oder Untermieter ausüben, jedoch soviel die diesem gehörigen Sachen betrifft, blos soweit, als der Unterverpachter oder Untervermieter eine Forderung aus dem Vertrage an den Unterpachter oder Untermieter hat."

2. Nach dem schweizerischen Bundesgesetz über das Obligationenrecht (vom 14. Brachmonat 1881) ist zu unterscheiden zwischen Miete und Pacht, wobei auch nach diesem Gesetz die allgemeinen Merkmale für diese Unterscheidung gelten. Demnach nimmt das schweizerische Obligationenrecht eine Mittelstellung ein, indem Art. 285 einerseits bestimmt:

„der Mieter ist berechtigt, die gemietete Sache ganz oder teilweise weiterzuvermieten, vorausgesetzt, daß dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt wird",

während andererseits Art. 306 vorschreibt:

„der Pächter darf den Pachtgegenstand ohne Zustimmung des Verpächters nicht weiterverpachten."

Eine Beschränkung des Rechts des Verpächters, seine Zustimmung beliebig zu verweigern, wird im Gesetz nirgends ausgesprochen. Als Grund der verschiedenen Behandlung von Miete und Pacht in dieser Beziehung wird von der Commission des Nationalrats hervorgehoben, daß „bei der Pacht die persönlichen Eigenschaften des Pächters weit mehr ein Element des Vertrags bilden, als es einem bloßen Mieter gegenüber der Fall ist, bei welchem die Tüchtigkeit der Person, ihre wirtschaftliche Befähigung, ihre ökonomische Kraft ein untergeordnetes Moment bilden".[145]

[145] Schneider, Anm. 1 zu Art. 296.

Die Befugnis zur Aftervermietung kann jedoch ebenso, wie in den anderen Rechten, durch den ersten Mietvertrag ausgeschlossen werden. Jedoch ist zu bemerken, daß dies nach schweizerischem Recht bei Grundstücken schriftlich geschehen muß, da nach Art. 275 „Verabredungen über die Miete einer unbeweglichen Sache, soweit sie von dem Gesetz abweichen und nicht ausdrücklich darin vorbehalten sind, der schriftlichen Verabredung bedürfen". Unter denselben Bedingungen, wie die Aftermiete, ist dem Pächter jedoch gestattet, einzelne zum Pachtgegenstand gehörende Räume, wobei man jedoch nur an Gebäudeteile,[146] nicht auch an Parzellen des Gutes denken darf (Art. 306), ohne besondere Zustimmung zu vermieten. In diesem letzteren Punkte berührt sich das schweizerische Recht nahe mit der Bestimmung des preußischen Rechts in A. L. R. I 21, § 314.

Nach schweizerischem Recht hat der Vermieter für den Mietzins des verflossenen und des laufenden Jahres (nicht auch für andere Forderungen aus dem Mietvertrag) ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, welche sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören (Art. 294). Das Retentionsrecht des Vermieters erstreckt sich auch auf die von dem Untermieter eingebrachten Gegenstände, soweit diesem gegenüber das Recht des Untervermieters reicht (Art. 295).

Auch hier ist die Haftung des Mieters für den Aftermieter eine erweiterte, indem der Mieter nicht blos für sein Verschulden bei der Auswahl des Aftermieters haftet, sondern dafür, daß der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es dem Mieter gestattet ist (Art. 285).

Eine Bestimmung, daß mit der Beendigung der Miete auch die Aftermiete aufhöre, war zwar in den Entwürfen zum Obligationenrecht aufgenommen worden, wurde später jedoch nicht in die definitive Redaktion des Gesetzbuches mit herüber genommen, weil diese Bestimmung als nach Art. 285 selbstverständlich betrachtet wurde.[147]

3. Die Reichskonkurs-Ordnung stellt in § 41,

[146] Schneider, Anm. 2 zu Art. 306.
[147] Schneider, Anm. 4 zu Art. 295.

Nr. 2 und 4 im Falle des Konkurses den Faustpfandgläubigern gleich: Verpächter in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden, ferner Vermieter in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die letzteren sich noch auf dem Grundstücke befinden. Dabei ist nun folgendes zu beachten:

Diese Bestimmung der K. O. gilt selbstverständlich nur innerhalb des Konkurses. Fraglich ist nun, ob sich das genannte Recht des Vermieters auch auf die eingebrachten Sachen des Aftermieters erstreckt. Das Reichsgericht[148] und mit ihm die herrschende Meinung verneint die Frage, während Scherer, Bd. 1, S. 610 ff. für das französische Recht ausführlich die gegenteilige Ansicht verteidigt. Die Ansicht des Reichsgerichts vertritt auch Petersen, S. 214, welcher bezüglich der Früchte eines afterverpachteten Guts S. 213 sagt: „Wenn der Pächter das Grundstück weiterverpachtet und die Früchte Eigentum des Afterpächters werden, so kann dadurch das Absonderungsrecht des Verpächters an den Früchten des Grundstücks, das nur geltend gemacht werden kann, wenn die Früchte zur Konkursmasse gehören, ausgeschlossen werden." Dieser letztere Grund ist für Petersen auch bezüglich der Frage eines etwaigen Pfandrechts an den eingebrachten Sachen des Afterpächters maßgebend: „Von einem Absonderungsrecht kann nur die Rede sein bezüglich solcher Sachen, die zur Konkursmasse gehören, d. h. die sich im Eigentum des Gemeinschuldners befinden." (S. 214.)

Außerhalb des Konkurses gelten dagegen diese Bestimmungen der K. O. nicht. Welche Rechte hier dem Vermieter gegenüber dem Aftermieter zustehen, ist nach dem jeweiligen Stand der Landesgesetzgebung zu beurteilen. Für das Gebiet des französischen Rechts insbesondere ist folgendes zu erwähnen:

Für Rheinpreußen behauptet Scherer 1, S. 601, daß das Vorzugsrecht des Vermieters an den vom Aftermieter eingebrachten Gegenständen weiter fortbestehe, namentlich mit Rücksicht auf den oben erwähnten art. 820 c. de proc. dessen Geltung, ebenso wie

[148] Entsch. 13, Nr. 15; vergl. auch Seuff. Arch. N. F. 9,81.

die des art. 1753 und des art. 2102 c. c. — des letzteren, soweit aus den Worten „tout ce qui garnait la maison“ gefolgert wird, daß das Mietpfandrecht auch die fremden eingebrachten Sachen ergreift — von Scherer aufrecht erhalten wird.

Für Rheinhessen ist art. 2102 c. c. durch das hessische Ausführungsgesetze zur C. P. O. und K. O. vom 4. Juni 1879, Art. 100 aufgehoben und durch Art. 102 desselben Gesetzes ersetzt worden, welcher bestimmt: „Ein Vorzugsrecht an bestimmten beweglichen Sachen haben die in den §§ 40 und 41, Nr. 1 bis 8 der deutschen Konkursordnung bezeichneten Forderungen in Ansehung der bei einer jeden derselben angegebenen Gegenstände.“ Es ist auch hierbei streitig, ob dieses dem Vermieter gegebene Vorzugsrecht auch die Sachen des Aftermieters ergreift oder nicht. Das kann auf keinen Fall ausschlaggebend sein, daß der durch Art. 102 A. G. ersetzte art. 2102 c. c. eine derartige Haftung begründete. Vielmehr zeigt einerseits der ausdrückliche Hinweis auf die konkursrechtlichen Bestimmungen, andererseits aber der Wortlaut unseres Artikels zur Genüge, daß die Tendenz des Ausführungsgesetzes in diesem Artikel dahin geht, dem Vermieter ganz dasselbe Recht, das ihm die Konkursordnung im Konkurse giebt, auch außerhalb des Konkurses zu verleihen. Es ist also § 41, Nr. 2 und 4 der K. O. landesgesetzlich an Stelle des art. 2102 c. c. getreten. Damit besteht die oben erwähnte konkursrechtliche Streitfrage nach wie vor weiter. Die hessische Praxis[149] hat sich gegen die Ausdehnung des Vermietervorzugsrechts auf die Sachen des Aftermieters ausgesprochen. Fraglich bleibt dabei immer noch, wie es sich alsdann mit der Geltung des durch das A. G. nicht aufgehobenen art. 1753 c. c. und des nicht lediglich prozeßrechtliche Vorschriften enthaltenden art. 820 c. de proc. verhält.

In der Rheinpfalz hat nur art. 1753 c. c. noch Geltung behalten; die anderen Artikel sind aber inhaltlich im allgemeinen in die Bestimmung des A. G. zur C. P. O. übergegangen und

[149] L. G. Mainz, 1. C. K. 16. März 1889.

ist somit für dieses Rechtsgebiet das Vorzugsrecht des ersten Vermieters gegenüber dem Aftermieter in Geltung geblieben.

Auch in Elsaß-Lothringen ist durch das A. G. zur C. P. O. art. 2102 c. c. aufgehoben worden, während art. 1753 c. c. und art. 820 c. de proc. weiter Geltung haben. So erkennt denn auch die Praxis das Mietpfandrecht an den eingebrachten Sachen des Aftermieters an.

Streitig ist nach all dem Gesagten also ein zweifaches: erstens innerhalb des Konkurses, was unter „eingebrachten Sachen" des § 41, Nr. 2 u. 4 K. O. zu verstehen sei; zweitens außerhalb des Konkurses, inwieweit nicht ausdrücklich aufgehobene Bestimmungen des C. c. geltend gemacht werden können.[150]

4. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich bestimmt im § 516 der ersten Lesung:

> „Sofern nicht ein anderes vereinbart ist, steht dem Mieter das Recht zu, einem andern den vertragsmäßigen Gebrauch der gemieteten Sache zu überlassen, insbesondere auch durch weiteres Vermieten (Untermiete)."

Das Recht des Vermieters weiter zu vermieten wird hier auf das dieser Bestimmung zu Grunde liegende Prinzip, nämlich das Recht des Mieters, den vertragsmäßigen Gebrauch einem andern zu überlassen, zurückgeführt. In dem so formulierten Satze liegt selbstverständlich auch die Zulässigkeitserklärung der Aftermiete, welche ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Vermieters angenommen wird. Genau so verhält es sich auch mit der Afterverpachtung (§ 532 d. Entw.). In Übereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungswerken, aber im Widerspruch namentlich mit dem gemeinen Recht, bestimmt sodann der Entwurf (§ 516, Abs. 2), daß der Mieter, wenn er den Gebrauch an einen Anderen überläßt, dem Vermieter in Ansehung der Erfüllung seiner Verpflichtungen wegen des Verschuldens des Anderen ohne Rücksicht

[150] Über die Frage, ob sich das Pfandrecht auf die von dem Untermieter eingebrachten Sachen, insoweit die Untermiete rückständig ist, erstreckt, vergl. die ausführliche Erörterung bei Scherer 1, Nr. 13, S. 615 ff., bezügl. der Geltung des art. 820 c. de proc. vergl. ebenda Nr. 14, S. 618 ff.

auf eigenes Verschulden haftet. Diese Haftung wird bei unerlaubter Gebrauchsüberlassung insofern noch erhöht, als der Mieter auch für den durch die Gebrauchsüberlassung entstandenen zufälligen Schaden haftet, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch ohne die Vertragswidrigkeit entstanden sein würde.

§ 528, Abs. 1 giebt dem Vermieter ein Rücktrittsrecht, ohne daß dieser gebunden wäre, die Kündigungsfristen einzuhalten für den Fall, daß der Mieter ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch insbesondere durch unbefugte Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten macht.

Von welchem Einfluß die Endigung des ersten Mietvertrags auf den Bestand der über die Dauer der ersten Mietzeit hinaus abgeschlossenen Aftermiete ist, bestimmt der Entwurf selbst nicht. Wohl aber heben die Motive, Bd. 2, S. 397, hervor, daß es nicht abzusehen sei, weshalb das Ende der Miete das obligatorische Recht des Untermieters gegen den Hauptmieter auf Gebrauchsgewährung endigen sollte. Damit dürfte auch für den Entwurf gelten, was wir oben bezüglich des gemeinen Rechts bereits näher ausgeführt haben.

Ausführlich erörtern die Motive a. a. O. die Frage, in wie fern der erste Vermieter nach Beendigung des ersten Mietvertrags gegen den Aftermieter die Räumung erzwingen kann. Von Interesse ist die Frage namentlich dann, wenn der erste Vermieter kein dingliches Recht an der Mietsache hat. Alsdann kann er auf Grund des obligatorischen Verhältnisses auf Herausgabe der Mietsache nur gegen seinen Mieter klagen. Bei der Frage, ob das Räumungsurteil auch gegen den Aftermieter vollstreckt werden kann, ist zu unterscheiden, ob der Aftermieter zur Innehabung der Sache bereits vor Anhängigmachung des Prozesses gegen den ersten Mieter oder erst nachher gelangt ist. Für den ersten Fall ist die Frage zu verneinen; im letzten Fall muß man prüfen, ob anzunehmen ist, daß der Untermieter Innehaber eines im Streit befangenen Gegenstandes im Sinne des § 192 und § 236 C. P. O. geworden ist. (Mot. 2, S. 398.)

Nach § 533 des Entwurfs ist bei der Teilpacht ebenso, wie nach gemeinem Recht und den Kodifikationen, die Ueberlassung des Fruchtgenusses insbesondere durch Afterverpachtung ohne Einwilligung des Verpächters für unzulässig erklärt.[151]

Im Entwurf, der im § 521 dem Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht „an den eingebrachten Sachen des Mieters" giebt, ist das Pfandrecht des ersten Vermieters an den eingebrachten Sachen des Aftermieters nicht aufgenommen, noch läßt derselbe die genannten Sachen in irgend einer anderen Weise haften,[152] weil eine solche Haftung nur geeignet sei, ungerechtfertigte Härten und mißliche Verwickelungen hervorzurufen.[153]

Das Pfandrecht des Verpächters ist im Entwurf (§ 543) nach dem Vorgange der meisten neuen Gesetzgebungen nicht auf die Früchte des Grundstücks beschränkt, sondern auch auf die eingebrachten Mobilien ausgedehnt worden. Die Frage, ob die eingebrachten Sachen des Afterpächters haften, hat man nach Analogie des § 521, auf den § 543 ausdrücklich Bezug nimmt, zu verneinen, während die Frage, ob auch die vom Afterpächter gezogenen Früchte dem ersten Verpächter haften, weder vom Entwurf selbst noch von den Motiven berührt wird. Man wird diese Frage aber nach dem Wortlaut des einschlägigen Paragraphen zu bejahen haben, welcher bestimmt, daß der Verpächter ein gesetzliches Pfandrecht „an den Früchten des Grundstücks" hat; von wem die Früchte gezogen werden, ob von dem Pächter oder von dem Afterpächter, muß hiernach einerlei sein.

---

[151] Motive 2, S. 423.

[152] Motive 2, S. 404 f. S. daselbst auch eine Zusammenstellung moderner Gesetze, die die Haftung der vom Aftermieter inferierten Sachen statuieren.

[153] Vergl. hierzu Gierke, S. 241, Anm. 1; Boyens (i. d. Gutachten a. d. Anwaltsstande) S. 728; Rocholl und Niedner, Anm. zu § 521 (S. 200); Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen 2, S. 268 f.; Bähr § 492 macht folgenden Vorschlag: „Im Fall der Untermiete kann der erste Vermieter alle Rechte, die ihm gegen den ersten Mieter zustehen, auch gegen den Untermieter geltend machen, soweit entsprechende Rechte auch dem ersten Mieter als Untervermieter wider den Untermieter zustehen. Auf die Anzeige des ersten Vermieters bei dem Untermieter, daß er die wider ihn begründeten Ansprüche aus der Untermiete für sich in Anspruch nähme, kann der Untermieter nicht mehr mit Wirksamkeit an den Untervermieter leisten . . ."

In seiner zweiten Lesung steht der Entwurf auf einem ganz anderen Boden. Er hat sich nämlich in seinen Bestimmungen über die Aftermiete eng an das preußische Landrecht angeschlossen, dessen Verschiedenheit vom gemeinen römischen Recht wir schon oben gezeigt haben. So ist denn auch die allgemeine Zulässigkeit der Aftermiete, wie sie der § 516 der ersten Lesung aufgenommen hatte, fallen gelassen worden, und statt dessen § 493 der zweiten Lesung aufgenommen, welcher in Übereinstimmung mit dem preußischen Recht die Berechtigung zur Aftervermietung von der Einwilligung des Vermieters abhängig macht, dem Mieter aber, wenn ihm, ohne daß in der Person des Aftermieters ein wichtiger Grund vorliegt, die Erlaubnis versagt wird, das Recht giebt, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen.

Bezüglich der Haftung des Mieters für Verschulden des Aftermieters hat der Entwurf in zweiter Lesung seine in erster Lesung erlassene Bestimmung aufrecht erhalten und, wiederum im Anschluß an das preußische Recht, bestimmt, daß der Mieter ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für Verschulden des Aftermieters dem ersten Vermieter auch dann hafte, wenn dieser letztere die Erlaubnis zur Aftervermietung erteilt hat.

Eine wichtige Änderung des Entwurfs 2. Lesung ist die, daß dem Pächter, wenn ihm die Einwilligung zur Weiterverpachtung seitens des Verpächters ohne gerechten Grund versagt wird, das Kündigungsrecht, wie es dem Mieter in § 493 des 2. Entwurfs gewährt wird, nicht zusteht.

EUGEN KRANZBÜHLER
Buch
Druckerei